D. Johann Christian Quistorps,

Herzogl. Mecklenburg-Schwerinschen Justitzraths und ordentlichen Professors der Rechte auf der Universität zu Bützow

Beyträge

zur

Erläuterung verschiedener,

mehrentheils unentschiedener

Rechts-Materien

aus der bürgerlichen

und

peinlichen Rechtsgelahrtheit.

Erster Band.

Rostock und Leipzig,
in der Koppenschen Buchhandlung, 1780.

Vorrede zum ersten Bande.

Der allgemeine Beyfall, womit die gegenwärtigen Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechts-Materien bisher aufgenommen worden, giebet mir nicht allein eine gegründete Veranlassung zur Fortsetzung derselben, sondern ermuntert mich auch billig, sowohl in der Wahl der Materien, als in den Ausarbeitungen derselben, verdoppelten Fleiß

und

und Aufmerksamkeit anzuwenden. Nach dem Erachten der geneigten Leser wünsche ich auch in dem jetzigen vierten Stück beydes geleistet zu haben. Mit demselben beschliesse ich nun den ersten Band, welchen der Herr Verleger durch ein hinzugefügtes Register noch anwendlicher und brauchbarer zu machen gesuchet hat. Giebet Gott Leben, Gesundheit und genugsame Musse, so werde ich auf dem bisherigen Wege weiter fortfahren, und in einem zwoten Bande mehrere in den Gesetzen nicht genugsam bestimmte und entschiedene Sätze aus unterschiedenen Theilen der Rechtsgelahrtheit zu erörtern suchen. Geschrieben zu Bützow im Monath März 1780.

D. Johann Christian
Quistorps,
Herzogl. Mecklenburg-Schwerinschen Justitzraths und
ordentlichen Professors der Rechte auf der
Universität zu Bützow

Beyträge
zur
Erläuterung verschiedener,
mehrentheils
unentschiedener Rechts-Materien
aus der bürgerlichen
und
peinlichen Rechtsgelahrtheit.

Erstes Stück.

Rostock und Leipzig,
in der Koppenschen Buchhandlung, 1778.

Vorerinnerung.

Verschiedene unaussetzliche Amts- und andere Geschäfte haben es bisher verhindert, diejenige Sammlung kleinerer juristischer Schriften, wovon das erste Stück im Berger- und Boednerschen Verlag i. J. 1771. herausgekommen, fortzusetzen, so sehr ich auch, theils von verschiedenen Gönnern und Freunden, theils aber auch durch den erhaltenen Beyfall in den berühmtesten gelehrten Journalen

nalen und Zeitungen, dazu aufgemuntert worden bin. Meine Hauptabsicht bey jener Sammlung war vorzüglich darauf gerichtet, die hin und wieder in verschiedenen periodischen Schriften zerstreueten kleinen Abhandlungen, auf welche ich in meinen Grundsätzen des deutschen peinlichen Rechts am meisten Bezug genommen hatte, zusammen herauszugeben, um sie eben dadurch mehr gemeinnützig zu machen. Um nun nicht allein jenen Plan völlig auszuführen, sondern auch, wo möglich, durch die Erweiterung desselben noch mehreren Nutzen zu stiften, werde ich in den gegenwärtigen Beyträgen, ausser einigen bereits anderswo befindlichen Abhandlungen, mehrentheils neue und noch niemahl gedruckte Aufsätze einrücken. Wie nun die ersteren nicht ohne angestellte Prüfung und Verbesserung eine Stelle in der gegenwärtigen Sammlung einnehmen werden, so soll auch überhaupt, sowohl bey der Wahl der Abhandlungen, als bey ihrer

Aus-

Ausführung, von meiner Seite aller erforderliche Fleiß angewandt werden. Mein Haupt-Augenmerk wird zwar auf die Erläuterung zweifelhafter Rechts-Materien aus der bürgerlichen und peinlichen Rechtsgelahrtheit gerichtet seyn; inzwischen wird dabey mein vorzüglichstes Bestreben dahin gehen, dem practischen Rechtsgelehrten einige nützliche Dienste zu leisten. Ohne mich auf einzelne Fälle, oder sogenannte casus in terminis einzulassen, werde ich gleichwohl bey einer angemessenen Kürze mich dahin bestreben, die vornehmsten Gründe für und wider einen Rechtssatz in ihrer völligen Stärke vorzutragen. Jedes Stück der gegenwärtigen Beyträge soll ohngefehr zwölf bis vierzehn Bögen ausmachen; die abzuhandelnden Materien aber sollen, so viel möglich, stets mit einander abwechseln. So wenig ich auch wegen der Fortsetzung mich zu etwas völlig bestimmtes verbindlich machen kann, da solche lediglich von meiner Ge-

sundheit und anderweitigen Berufsarbeiten abhänget, so soll gleichwohl mit göttlicher Hülfe in der nächsten Ostermesse das zweyte Stück erfolgen, auch mein Bestreben dahin gerichtet seyn, daß, wo nicht halbjährig, doch wenigstens alle Jahre ein Stück, oder eine Fortsetzung erfolgen. Die in diesem ersten Stück mir im Durchlesen vorgekommenen Druckfehler und die daher nöthig werdenden Verbesserungen sind am Ende angezeiget.

Uebrigens wünsche ich, daß auch diese angefangenen Bemühungen nicht ohne Nuzzen bleiben mögen. Bützow, den 28sten September 1777.

Der Verfasser.

Inhalt

Inhalt
des ersten Stücks.

I. Von dem Verschicken der Acten in peinlichen Fällen. S. 1

II. Ob und in wie ferne einem leiblichen Vater die Vormundschaft und die Verwaltung der Güter seiner Kinder durch letzte Willens-Verordnungen nach gemeinem Recht genommen werden könne? 16

III. Ueber die angeblich von einer Frauensperson verübte Nothzucht und deren Strafe. 29

IV. Ob derjenige, der seinen bereits bezahlten Wechsel in seines ehemahligen Gläubigers Händen gelassen hat, in dem Fall, daß jener hienächst auf einen dritten indoßiret, oder demselben in Solutum zugeschlagen worden, den Einwand bereits geschehener Zahlung machen könne? 39

V. Von der Verbindlichkeit eines Vaters zu der Verpflegung des von seinem Sohn ausser der Ehe erzeugten Kindes. 53

VI. Ob und in wie ferne ein Advocat befugt sey, in seiner eigenen Sache sich ein Honorarium zuzueignen. 67

VII. Von den vorzüglichsten alten deutschen Gewohnheiten, auf welche in der peinlichen Gerichts-Ordnung Beziehung gemacht wird, und von deren heutigen Anwendung. 73

VIII. Worauf die Certioration bey weiblichen Bürgschaften insbesondere gerichtet seyn müsse? 119

IX. Ob

IX. Ob und in wie ferne ein Denuntiant zu den Kosten der Inquisition gehalten sey? S. 128

X. Ob von der unterlassenen Anregung der zuständigen Compensation auf deren Begebung ein gültiger Schluß zu machen sey? 137

XI. Ob in dem Fall, da ein Erblasser gewisse Sachen dazu besonders ausgesetzet hat, damit davon die Abführung einiger Vermächtnisse geschehen möge, letztere sodann für ungültig zu achten, wenn jene Sachen dazu nicht hinreichend befunden werden sollten? 147

XII. Ob dem Inhaber einer Special-Hypothek das sogenannte beneficium excussionis, oder die Rechtswohlthat, vermöge deren der Hauptschuldner vorher auszuklagen ist, zustehe? 154

XIII. Von der Strafe der Banqueroutirer oder der bösen Schuldner nach älteren und neueren Gesetzen. 165

XIV. Ob ein Hausvater, in dessen Wohnung Feuer ausgekommen ist, bey verursachten Schaden den Mangel seiner Fahrläßigkeit beweisen müsse? 188

XV. Von der Reconvention in peinlichen und Strafsachen. 199

XVI. Ob das nach dem Tode des Erblassers nicht mehr vorhandene Testament, in soferne anders desselben wesentlicher Inhalt zu beweisen stehet, eine verbindliche Kraft habe? 208

I.

Von dem Verschicken der Acten in peinlichen Fällen.

Nach den Sitten und Gebräuchen der Deutschen wußte man bey der Verfassung und Einrichtung ihrer Gerichte von keiner Versendung der Acten an gewisse Rechtsgelehrte, um die Urthel in peinlichen Fällen abzufassen. Es konnte auch dieses um so weniger statt finden, weil man bey den Untersuchungen in den deutschen Gerichten keine gerichtliche Acten formirte, und keine besonders bestellte Gerichtsschreiber vorhanden waren, vielmehr man sich damit zu begnügen pflegte, einen Angeschuldigten auf seine in Gegenwart des Richters und der Gerichts-Schöpfen gethane Aussage

zu verurtheilen [a]). Diese letztere waren besonders dem Richter unter diesem und dem Nahmen der Centenarien, der Heimbürgen, und der Dingsmänner zur Seite gesetzet, um nach geschehener Untersuchung und erfolgter Befragung des Richters, die Strafe eines begangenen Verbrechens nach den Sitten und Gewohnheiten der Völkerschaft zu bestimmen, oder die Urthel zu finden [b]). Da heutiges Tages die Beysitzer in den Blutgerichten, besonders in den Patrimonial- Amts- und Stadtgerichten selten solche Leute zu seyn pflegen, die sich eine genugsame Kenntniß der Criminal-Rechte erworben haben, vielmehr dazu auch Leute geringen Standes genommen werden; so ist auch solchen Gerichten die Entscheidung in eigentlichen Criminal-Fällen durch die peinliche Gerichts-Ordnung verbothen, und sie sind vielmehr angewiesen, bey vorfallenden Zweifeln im peinlichen Verfahren, in Ermangelung besonders angewiesener Oberrichter, bey den hohen Schulen und andern Rechtsverständigen, Rath zu suchen [c]). Da nun die Bestimmung derjenigen Mittel, die nach vorgängiger Inquisition, entweder zur Herausbringung der Wahrheit, oder zur Ablehnung eines gegründeten Verdachts dienen, viele Rechtskenntniß und Erfahrung zum voraus setzet, mithin zu den zwei-

a) GVERIKE *ad* SCHOTTEL. *de sing. in German. Iurib. c. 29. §. 2.*

b) KRESS *de var. Iurisdict. in German. gener. Helmst. 1730. c. 2. Obs. 7. §. 1.* HEINECCIVS *in Elem. Iur. Germ. Lib. 3. Tit. 15. §. 2.*

c) Art. 219. P. G. O.

zweifelhaften Fällen gehöret, so ergiebet sich auch daraus von selbst, daß der Gerichtsgebrauch, nach welchem unter solchen Umständen von den Niedergerichten die Acten versandt werden müssen, auf genugsame Gründe beruhe [d]). Ob nun zwar nach den Meynungen angesehener Rechtslehrer [e]) die mit den peinlichen Gerichten versehene Landsassen und Städte, in so ferne ihre Gerichte mit genugsamen und wenigstens mit drey gelehrten und Rechtserfahrnen Männern besetzet seyn sollten, und sonst keine erhebliche Bedenklichkeiten vorhanden seyn mögten [f]), befugt sind, in peinlichen Fällen und zwar selbst sodann, wann von der Abfassung der Endurthel die Rede ist, zu entscheiden; so sind dennoch meinem wenigen Ermessen nach sehr erhebliche Gründe vorhanden, weshalb diese Meynung, wenigstens der Regel nach, nicht füglich anzunehmen stehet. Denn zuvörderst kann diejenige Einschränkung, daß nämlich Patrimonial- und Stadtgerichte mit drey gelehrten Rechtserfahrnen Männern besetzet seyn müssen, unter welcher nämlich ihnen nach der Meynung der angezogenen Rechtslehrer die Entscheidung in peinlichen Fällen eigentlich nur zustehen soll, nach der jetzigen bekannten Verfassung der allermeisten

 von

d) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 116. Obs. 2.* und *in Meditatt. ad CC. art. 7. §. 2.*

e) PUFENDORF *Tom. 2. Obs. 69.* Struben in dem 2ten Theil der rechtl. Bedenken *n. 46. §. 2.* und *n. 112.*

f) *Arg.* Art. 1. 81. 91. 219. P. G. O.

von diesen Gerichten nicht füglich zur Anwendung kommen. Gesetzt aber, man fände auch bey diesem, oder jenem Patrimonial-Gericht eine Ausnahme, oder daß solches würklich aus drey gelehrten und Rechtserfahrnen Männern bestünde, so würde dennoch, meinem Bedünken nach, dabey in vielen Betracht zu ziehen seyn, ob letztere auch die Inquisition selbst geführet, oder wenigstens derselben als Beysitzer beygewohnet hätten? Die Bejahung, oder Verneinung dieser Frage ist allerdings von weit größerer Wichtigkeit, als es dem ersten Anschein nach zu vermuthen stehet. Denn, auf dem Fall, daß man solchen Gerichtspersonen, welche die Inquisition selbst geführet, oder derselben beygewohnet haben, die Aburthelung in peinlichen Fällen allein überläßt, so stehet eine gründliche und unpartheyische Prüfung des gerichtlichen Verfahrens, und eine Beherzigung der dabey etwa sich findenden Mängel zum großen Nachtheil des Angeschuldigten, nicht zu erwarten. Wenigstens ist, so viel ich einsehe, das Urtheil eines selbst inquiriret habenden Gerichts über die Gesetzmässigkeit seines eigenen Verfahrens, worauf dennoch bey einer jeden Entscheidung und besonders bey der Endurthel gleichwohl so vieles ankommt, äusserst verdächtig, und gewissermassen als ein Ausspruch in eigener Sache, anzusehen. Bey so bewandten Umständen läßt sich dennoch auch nicht einmahl der von berühmten Rechtslehrern unter den gemachten Einschränkungen angenommene Satz: Daß die mit den peinlichen Gerichten versehene Landsassen und Städte in Crimi-

nal-

nal-Sachen, in irgend einem Fall, füglich entscheiden können, vertheidigen. Würden inzwischen die eben angeführten Gerichte ausser solchen Mitgliedern, welche die Inquisition geführet, oder derselben als Beysitzer beygewohnet haben, noch aus mehreren der Criminal-Rechte genugsam kundigen Personen, und zum wenigsten aus zweyen solchen Mitgliedern bestehen, so finde ich kein Bedenken, gleichsam vermöge einer Ausnahme den Satz anzunehmen: Daß sodann die mit den peinlichen Gerichten beliehene Landsassen und Städte, in Ermangelung besonderer entgegen stehender Landesgesetze g), sowohl in peinlichen Fällen die Endurthel abfassen, als nach vorgängiger Inquisition die Mittel zur Herausbringung der Wahrheit, oder zur Ablehnung des Verdachts bestimmen können.

Ob es nun gleich der Regel nach keinem Zweifel unterworfen seyn kann, daß Patrimonial-Amts- und Stadtgerichte in den angezogenen Fällen nur unter den angeführten Einschränkungen selber entscheiden können; so sind sie gegentheils ausser denselben vermöge eines unbestrittenen Gerichtsgebrauchs überall nicht verbunden, die

g) Daß in **Mecklenburg** die mit den peinlichen Gerichten versehene Ritter- und Landschaft in peinlichen Fällen die Endurthel schlechterdings nicht abzufassen, sondern ihre Criminal-Acten sodann an einheimische, oder auswärtige, Rechts-Collegien und Facultäten zu versenden gehalten sey, ist Inhalts unserer Landesgesetze keinem Zweifel unterworfen, s. den **Landesgrundgesetzlichen Erbvergleich** §. 425.

Rechtsstühle in ihren Nahmen sprechen zu lassen [h]). Denn, so oft in peinlichen Fällen lediglich von der Untersuchung der begangenen That selbst, oder der Richtigstellung des Corporis Delicti, oder von dem Verfahren wider den Angeschuldigten bis zur vollführten Special-Inquisition, oder von der Entscheidung, ob die letztere statt haben könne, oder, von der Ausfündigmachung der Mittel wider einen Angeschuldigten, der abwesend ist, oder endlich von der Bestimmung der Strafe geringer Verbrechen, die nicht zu den peinlichen Fällen gehören, die Rede seyn mögte, können alle und jede Gerichte, mithin auch Patrimonial- Amts- und Stadtgerichte, in Ermangelung entgegenstehender Landesgesetze nach eigenem Ermessen rechtlich erkennen [i]). Es verstehet sich inzwischen hiebey von selbst, daß in zweifelhaften Vorkommenheiten, besonders aber, wenn es nicht mit völliger Gewißheit auszumachen stehet, ob das gegenwärtige Verbrechen an sich betrachtet zu den peinlichen Fällen gehöre, oder nicht, oder sonst erhebliche Bedenklichkeiten eintreten, den oftbemeldeten Gerichten nicht allein unverwehret bleibe, sondern gegentheils vielmehr obliege, die Acten zur Abfassung des Erkenntnisses an ein unpartheyisches Rechts-Collegium zu versenden [k]). Würde auch

h) KRESS *ad art. 28.* und *57. CC.* Herr Hofrath Meister im peinlichen Proceß im 5ten Theil S. 501. BOEHMER *c. c. l. l.*

i) Struben in dem 2ten Theil der rechtl. Bedenken *n. 112.* BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l.*

k) Art. 18. 73. 104. 186. 219. P. G. O.

auch ein Angeschuldigter sodann, wann von der Abfassung der Endurthel, oder auch von der Bestimmung dieser, oder jener Verfahrungsart von einiger Wichtigkeit die Rede wäre, auf die Versendung der Acten, da solche gleichwohl an sich nicht nöthig wäre, auf seine Kosten insbesondere antragen, so pfleget ein solches Verlangen, in sofern es damit nicht unstreitig auf eine sträfliche Verlängerung der Untersuchung und Verzögerung der Justitz angesehen ist, leichtlich zugestanden zu werden [l]).

In denjenigen Fällen, da Patrimonial- Amts- und Stadtgerichte in peinlichen Fällen nicht entscheiden können, sind dieselben in Ermangelung besonders angewiesener Obergerichte, dennoch in alle Wege befugt, dasjenige Rechts-Collegium, an welches die Acten versandt werden sollen, nach eigener Willkühr zu bestimmen und zu erwählen. Wann nun gleich nach der peinlichen Gerichts-Ordnung in eigentlichen Criminal-Fällen die Acten zur Abfassung des Erkenntnisses auch an Privat-Rechtsgelehrte versandt werden können [m]), so pfleget solches dennoch nach dem heutigen Gerichtsgebrauch nur sodann als erlaubt angesehen zu werden, wenn entweder lediglich von geringen Verbrechen, die nicht peinlich bestrafet werden können, oder von der Bestimmung der dem beleidigten Theil gebührenden Genugthuung die Rede seyn mögte [n]), und der Richter nur zu seiner eigenen

l) *Arg.* Art. 154. P. G. O.

m) Art. 219. P. G. O.

n) BEYER *ad art.* 219. CC.

genen Belehrung, da die Versendung der Acten so wenig an sich nöthig war, als von dem Angeschuldigten verlanget worden, solche vorgenommen haben sollte. Denn ausser diesen besonderen Fällen müssen die Acten allemahl an ordentliche Rechts-Collegien, oder Facultäten, denen die Gewalt in peinlichen Fällen Urtheile zu sprechen von ihrem Landesherrn ertheilet worden, versandt werden [o]), gleich denn auch solches in den hiesigen Landen vermöge ausdrücklicher gesetzlicher Vorschriften keinem Zweifel unterworfen ist [p]). Ob nun zwar die Wahl des Rechts-Collegiums, an welches in peinlichen Fällen und andern Strafsachen die Acten zur Abfassung eines Erkenntnisses zu versenden sind, dem inquirirenden Gericht und besonders demjenigen Mitgliede, das darin den Vorsitz hat, der Regel nach zu überlassen ist; so sind gleichwohl die Acten niemahl an ein solches Rechts-Collegium, welches entweder schon einmahl in der Sache rechtlich erkannt [q]), oder wider welches der Angeschuldigte rechtlicher Art nach excipiret hatte, zu versenden. Denn, wenn gleich nach den Meynungen angesehener Rechtslehrer [r]) die von einem excipirten Collegio

o) CARPZOV. *q. 96. n. 21.* KRESS *ad art. 219. CC.* BOEHMER *ad art. 219. CC. §. 4.*

p) Der Landesgrundgesetzliche Erbvergleich §. 425.

q) *Arg. c. 36. X. de appell.* R. A. von 1654. §. 113.

r) LEYSER *Spec. 6. n. 8. 9.* und *Spec. 465. n. 9.* BOEHMER *Tom. 2. P. 2. Dec. 937. n. 13.* SCHORCH *Sent. 274. n. 14.* HOMMEL *Rhapsod. quaest. Obs. 181.*

legio gesprochene Urthel überhaupt nicht für schlechterdings ungültig zu halten ist, vielmehr in die Rechtskraft trit, in soferne keine Rechtsmittel dawider eingewandt worden [s]), oder auch der Angeschuldigte sich sonst nicht aus andern Ursachen dawider mit Grunde beschweren könnte, so finde ich gleichwohl Bedenken, diese Grundsätze auch in peinlichen Fällen anzunehmen und zu vertheidigen. Denn, da die einem Angeschuldigten zuständige Befugniß, bey Versendung der Acten wider drey Rechts-Collegien zu excipiren, als eine Art eines Vertheidigungs-Mittels, welches in Criminal-Sachen keine Einschränkungen zuläßt, anzusehen ist, auch die zum Beweise des Gegentheils angezogene Stelle aus dem neuesten Reichsabschiede sowohl, als die angeführten Rechtslehrer eigentlich nur von blossen Civilfällen reden; so ist auch die von einem excipirten Collegio in peinlichen Fällen und andern Strafsachen gesprochene Urthel, meinem wenigen Bedünken nach, schlechterdings für ungültig zu halten, mithin dieselbe sowenig zu eröfnen, als zur Vollziehung zu bringen, sondern es sind vielmehr die aufgenommenen Protocolle und verhandelten Acten an ein unpartheyisches Rechts-Collegium, nachdem dem Angeschuldigten der etwa verlangte Nachtrag zu seiner bereits bey den Acten sich findenden Vertheidigung verstattet worden, zur Abfassung eines rechtlichen Erkenntnisses, noch einmahl zu versenden.

s) *Arg. Rec. Imp. de 1654. §. 121.*

Was nun aber noch insbesondere diejenigen Kosten, welche die Versendung der Acten und die Fällung der Urthel erfordert hat, betrift, so fallen sie auf dem Fall, daß der Angeschuldigte schlechterdings freygesprochen wird, entweder dem Gericht, oder dem Ankläger zur Last, in soferne nämlich ersteres entweder gesetzwidrig verfahren haben sollte [t]), oder letzterer einer Verläumdung wider den Angeschuldigten überführet werden könnte [u]). Würde in dem eigentlichen Anklagsproceß der Angeklagte nach angewandten Reinigungs-Mitteln absolviret, so leidet es nach den bekannten Rechts-Grundsätzen keinen Zweifel, daß sowohl von dem Ankläger, als von dem Angeklagten die Verschickungs-Kosten zu gleichen Theilen getragen werden müssen [x]). Gegentheils ist ein blosser Denuntiant, in sofern er seine Rüge auf richtig befundene Anzeigen gebauet hat, zu den Verschickungs-Kosten, welche die Einholung des Erkenntnisses erfordert hat, nur auf dem Fall, daß das letztere seine eigenen besonderen Rechte bestimmen soll, und der Angeschuldigte vermögenloß ist [y]), gehalten [z]). Würde der Angeschuldigte

t) Art. 201. P. G. O. BOEHMER *de expens. crimin. c. 3. §. 10.*

u) Art. 12. 61. P. G. O.

x) Art. 61. und 75. P. G. O. BOEHMER *ad art. 61. CC. §. 4.*

y) Art. 107. 157. 213. P. G. O. Carrach in den rechtl. Anmerkungen von der Schuldigkeit die Unkosten einer Inquisition zu tragen, Halle, 1774. §. 7.

z) BECKER *de tertia specie process. mixti seu denuntiatorii*

digte verurtheilet, oder auch zwar freygesprochen, inzwischen durch sein eigenes sträfliches Benehmen zu der wider ihn verhängt gewesenen Inquisition die Veranlassung gegeben haben; so ist derselbe, so wie überhaupt zu den gesammten Untersuchungs-Kosten, also auch insbesondere zu den Verschickungs-Kosten gehalten [aa]). In dessen Ermangelung sind die letzteren, ohne unter den Anklags- und Untersuchungs-Proceß zu unterscheiden, von Gerichtswegen zu tragen [bb]).

Obzwar diejenigen Kosten, welche lediglich und allein in der Ungeschicklichkeit des Gerichts ihren Grund haben, dem letzteren, oder wenigstens denjenigen Mitgliedern, die jene sich haben zu Schulden kommen lassen, zur Last fallen, und der Angeschuldigte zu deren Wiederersetzung der Regel nach nicht gehalten ist [cc]); so lassen sich gleichwohl diese Grundsätze auf diejenigen Kosten, welche die Verschickung der Acten, wenn solche gleich an sich betrachtet unnöthig war, erfordert hat, nicht füglich anwenden, indem die Gerichte in peinlichen und Strafsachen unbestimmt dahin angewiesen sind, in solchen Fällen, da sie zweifeln, oder Bedenk-

tiatorii eiusque indole et different. a process. tam ciuili quam criminali, *Rost. 1760. §. 15.*

aa) LEYSER *Spec. 89. Cor. 1.* und *Spec. 90. n. 1.* Meister in den rechtl. Erkenntnissen in peinlichen Fällen *Dec. 50. n. 27. Resp. 59. n. 54.*

bb) Art. 61. 154. 176. P. G. O. Meister a. O. *Dec. 50. n. 27.*

cc) Art. 72. und 209. P. G. O.

Bedenklichkeiten haben, die Acten an die Rechtsgelehrten zu versenden[dd]).

Da die peinliche Gerichts-Ordnung die Nothwendigkeit, in peinlichen Fällen unter den angezogenen Umständen die Acten zu versenden, eigentlich nur solchen Gerichten aufleget, die mit genugsam erfahrnen und der Rechte kundigen Personen nicht besetzet sind; so ergiebet sich daher von selbst, daß höhere Gerichte, z. B. Landes-Regierungen, Hofgerichte, Justiß-Kanzleyen und andere den letzteren an Einrichtung gleich kommende Gerichte, hierunter nicht füglich begriffen werden können, sondern, daß diese eben genannten Gerichte, selbst in schweren Criminal-Fällen zu einer Versendung der Acten, der Regel nach, nicht gehalten sind. Obzwar diese Grundsätze von allen mir bekannten Rechtsgelehrten angenommen zu werden pflegen; so glaube ich dennoch hiebey nicht ohne Grund die Einschränkung: Daß die bemeldeten höheren Gerichte nicht lediglich aus solchen Mitgliedern, die den Inquisitions-Proceß entweder angeordnet, oder denselben wenigstens als Beysitzer beygewohnet haben, bestehen müssen, machen zu können. Nicht ohne Ursache meyne ich vielmehr verlangen zu können, daß noch wenigstens zwey bis drey Glieder des Gerichts vorhanden seyn müssen, die an der bisherigen Inquisition keinen Antheil genommen haben, und die daher das Verfahren ihrer Collegen unpartheyisch zu beurtheilen im Stande sind. Würden nun aber solche Glieder entweder nicht vor-

dd) Art. 219. P. G. O.

vorhanden seyn, oder auch mit den Meynungen derjenigen Mitglieder, welche die Inquisition geführet haben, nicht übereinstimmen; so würde in dem ersten Fall eben derselbe Grund, warum die mit den peinlichen Gerichten versehene Landsassen und Städte, vermöge der oben angeführten Grundsätze, zu der Versendung der Acten gehalten sind, wenn sie gleich aus dreyen gelehrten und erfahrnen Männern bestehen mögten, vorhanden seyn. Würden aber die übrigen Glieder des Gerichts mit den Meynungen derjenigen, welche an der Inquisition unmittelbaren Antheil nehmen, oder genommen haben, nicht übereinstimmen; so ist unstreitig der sicherste Weg, welcher auch überhaupt durch die peinliche Gerichts-Ordnung bestättiget worden, daß sodann die Criminal-Acten an ein unpartheyisches Rechtscollegium zur Abfassung des Erkenntnisses versandt werden. Es pflegen auch die Obergerichte, um den Angeschuldigten allen scheinbaren Grund zu vermeinten Beschwerden zu nehmen, nach dem Gerichtsgebrauch, die Acten unter denjenigen Umständen, unter welchen die Niedergerichte dazu verbunden sind, in Criminal- und Strafsachen sodann zu versenden, wenn der Angeschuldigte darum besonders bitten sollte ee); wenn das Verbrechen, wovon die Rede ist, entweder wider das ganze Collegium

ee) Man pfleget einem Angeschuldigten die Bitte um Versendung der Acten auch nicht einmahl sodann abzuschlagen, wenn er gleich entweder überall keine, oder doch wenigstens keine hinlängliche Gründe zur Gewäh-

gium ff), oder einige Mitglieder desselben, oder wider dessen Obere begangen worden; wenn der Angeschuldigte sich über das wider ihn beobachtete Verfahren aus scheinbaren Ursachen beschweren zu können, glauben sollte; wenn das Obergericht schon einmahl in der Sache erkannt hat, und dem Angeschuldigten wider ein solches Erkenntniß eine Vertheidigung zugestanden worden; wenn ferner die Mitglieder eines solchen Collegiums wegen der Abfassung des Erkenntnisses sich nicht vereinbaren können, vielmehr deshalb in ihren Meynungen getheilet sind; wenn endlich andere ähnliche, oder vielleicht noch wichtigere Gründe die Versendung der Acten anrathen sollten. Das Ansehen und die Verbindung, in welcher ein Angeschuldigter, oder auch nur seine Anverwandte, in dem Staat stehen, giebt ebenfalls, aus leicht einzusehenden Ursachen, genugsamen Anlaß die Acten in Criminal- und Strafsachen an ein unpartheyisches Rechtscollegium zu versenden.

Wann ich die Lehre von der Versendung der Acten in peinlichen Fällen, wie gleichwohl meine Absicht nicht ist, vollständig abhandeln wollte; so müßte ich nun noch sowohl von demjenigen, was bey der Versendung der Acten von Gerichts-

wegen

Gewährung derselben vorbringen sollte, indem ein solcher Antrag überhaupt als eine Art der Vertheidigung anzusehen ist, und einem Angeschuldigten die Art und Weise seine Vertheidigung zu führen, billig frey bleiben muß. *L. 21. C. de probat.*

ff) MEV. *P. 8. Dec. 198. n. 6.* HARPR. *Dec. 26. n. 30.*

wegen, und von dem Angeschuldigten, oder dessen Vertheidiger zu beobachten ist, als auch von den eigentlichen Pflichten der auswärtigen Urtheilsfasser selbst, und wie sich die Gerichte, sowohl nach geschehener Versendung der Acten, als bey deren erfolgten Rückkunft, zu verhalten haben, das Nöthige vortragen. Weil ich aber alles dieses bereits an einem andern Orte [gg]), wie ich meyne, vollständig aus einander gesetzet habe, meine gegenwärtige Absicht bey dieser jetzigen Abhandlung auch eigentlich nur auf eine genaue Bestimmung derjenigen Fälle, wann eine Verschickung der Acten in peinlichen Fällen statt habe, und auf einige andere dabey merkwürdige Umstände gerichtet ist; so lasse ich es auch nunmehro, nachdem ich solche entwikkelt habe, dabey bewenden.

gg) Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Zwote Auflage §. 770—775.

II.

Ob und in wieferne einem leiblichen Vater die Vormundschaft, und die Verwaltung der Güther seiner Kinder durch letzte Willens-Verordnungen nach gemeinem Recht genommen werden könne?

Obwohl nach dem Römischen [a]) und Canonischen Recht [b]) die zwote Ehe ohne Unterschied der Geschlechter verhaßt war; so sind gleichwohl verschiedene Rechtslehrer der Meynung: Daß das vormahlige odium secundarum nuptiarum heutiges Tages nicht ferner statt finde [c]); daß folglich der überlebende Ehegatte durch die Wiederverheyrathung das Eigenthum der ihm von dem Verstorbenen vermachten, oder geschenkten Güther nicht verliere [d]), und daher zu der Leistung

a) *L. 1. 3. §. 1.* und *L. 5.* und *6. C. de secund. nupt. L. 7.* und *Auth. quod filio donat. C. de reuoc. donat. Nouella 22. c. 23. 27. 41.* BOEHMER *de poen. secund. nupt. spur. et genuin. Francof. 1758.*

b) *C. 9. 10. C. XXXI. q. 1.* BOEHMER *in Iur. Eccl. Protest. T. 4. L. 4. Tit. 21.*

c) CARPZOV. *P. 2. Const. 43. def. 17.* BERGER *in Oecon. Iur. Lib. 1. Tit. 3. Th. 8. n. 2.* und *L. 2. Tit. 4. Th. 45. n. 11.* STRYCK *de Success. ab intest. Diss. 1. c. 2. §. 8.* BROCKES *Select. Obs. forens. Obs. 341.* HOFFER *de L. 6. C. de Sec. nupt. ad mores German. caute applicand. Alt. 1739.*

d) Dieses verordnet insbesondere das Römische Recht in

Leistung einer sogenannten cautionis vsufructuariae nicht gehalten sey [e]). Wann nun gleich andere Rechtslehrer [f]) hiebey verschiedene Einschränkungen gemacht haben, und besonders die Vorschrift des Römischen Rechts, nach welcher der überlebende und sich wieder verheyrathende Ehegatte das Eigenthum der ihm von dem Verstorbenen hinterlassenen, oder geschenkten Güther verlieret, und lediglich nur den Nießbrauch davon behält, auch deshalb gehörigen Vorstand leisten muß, besonders sodann in Anwendung gebracht wissen wollen, wenn Kinder aus der ersten Ehe vorhanden sind, folglich derselben besonderer Vortheil eintritt; so hat es im übrigen nicht den mindesten Zweifel, daß, ohngeachtet der erfolgten Wiederverheyrathung, ein Vater, der Regel nach, die väterliche Gewalt samt allen daraus entspringenden Wirkungen behalte, auch den Nießbrauch und die freye Verwaltung der Güther seiner Kinder, solange nämlich seine väterliche Gewalt über dieselben dauret, sich ferner mit Rechtsbestande anmassen

in den *L. 1. 3.* und *5. C. de secund. nupt. L. 5. C. ad SCtum Tertull. Nouella 22. c. 23.* und *46.*

e) Dieses will insbesondere der *L. 6. §. 1. C. ad SCtum Trebellian.*

f) COTHMANN *Vol. 3. Resp. 45. n. 95.* BOEHMER *de poen. secund. nupt. spur. ac genuin. §. 8.* ALSEN *de eo quod hodie juris est circa poen. secund. nupt. script. Goet. 1751. §. 11. 12. 30. 32.* Schmidts öffentliche Rechtssprüche. Erster Abschnitt. *n. VI.*

massen könne [g]). Die Rechte verbinden auch einen sich wieder verheyrathenden Vater sowenig zur Errichtung eines Inventariums und Formirung ordentlicher Rechnungen [h]), als sie ihn zu einer endlichen Specification und Leistung förmlicher Caution gehalten wissen wollen [i]). Eben sowenig stehet einem Vater, der nach seiner Wiederverheyrathung die Vormundschaft seiner Kinder fortsetzet, anzumuthen, bey etwa vorzunehmenden Veräusserungen der unbeweglichen Güther seiner Kinder, wie sonst andere Vormünder thun müssen, obrigkeitlichen Consens nachzusuchen [k]), obwohl, da auch hierunter einige Rechtslehrer anderer Meynung sind [l]), es für den Käufer an gerathensten ist, wenn er bey einer solchen Veräusserung auf Beybringung obrigkeitlicher Einwilligung bestehet [m]). Nach dem Gerichtsgebrauch

g) *L. 4. C. de bon. quae lib.*

h) *Arg. L. 6. §. 2.* und *L. 8. §. 4. C. de bon. quae lib.* BERGER *in Oecon. Iur. Lib. 1. Tit. 4. Th. 4. n. 2.*

i) STRYCK *de cautel. testament. P. 3. S. 3. c. 1. n. 111.* PUFENDORF *P. 1. Obs. 98. §. 18.* Daß ein Vater wegen des eigenthümlichen Vermögens seiner Kinder, wovon er den Nießbrauch ziehet, in dem Fall, da er zur zwoten Ehe schreitet, gehörigen Vorstand bestellen müsse, behauptet inzwischen BROCKES *Obs. 341.*

k) *L. 8. §. 5. C. de bon. quae lib.* LEYSER *Spec. 165. n. 9.* WERNHER *P. 3. Obs. 35.* Struben in dem 2ten Theil der rechtl. Bedenken *n. 103.*

l) MYNSINGER *Cent. 3. Obs. 61. n. 4.*

m) Struben a. O. und der dort angeführte FROMMANN *de administrat. aduentit. legitima §. 38.*

brauch stehet demnach einem leiblichen Vater bey etwa erfolgter Wiederverheyrathung wider Willen nicht anzumuthen, daß er besondere Vormünder für seine Kinder bestellen lasse, indem er vielmehr angezeigtermassen die Vormundschaft selbst führen, auch die Art der Erziehung nach seinem eigenen Gefallen veranstalten kann, und zu allen diesem keine obrigkeitliche Bestätigung gebrauchet [n]). Der wahre Grund des Unterschiedes, den hierunter die Gesetze unter einem Vater und einer Mutter machen, ist vornehmlich darin zu setzen, weil nach denselben zwar, von dem Vater, der geschehenen Wiederverheyrathung ohngeachtet, zu vermuthen ist, daß er gleichwohl die zärtlichsten Gesinnungen gegen seine Kinder beybehalten, und keine andere Leidenschaft, jene zu verdrängen, im Stande seyn werde [o]), gegentheils aber von der Mutter, die sich wieder verheyrathet, zu vermuthen ist, daß die Liebe zu ihren Kindern, wo nicht erlöschen, doch sehr vermindert werden möchte [p]). Ueberdieß ist dasjenige, was die Gesetze wegen des Verlustes der Vormundschaft bey geschehener Wiederverheyrathung, in Absicht auf die

n) *de* CRAMER *Tom. 3. Obs. 858.* Von demjenigen, was hierunter das Lübecksche Recht vorschreibet, ist mit mehrerem nachzusehen, Hr. D. Stein in der Abhandlung des Lübeckschen Rechts B. 1. Tit. 7. und B. 2. Tit. 2. §. 203. *seqq.*

o) *L. 22. §. vlt. ad L. Iul. de adulter. L. 4. C. de sponsal. L. 36. §. vlt. de excusat. tut. L. 7. pr. C. de Curat. furiosor.*

p) *L. 22. C. de administrat. tut.*

Mutter aus den bemerkten und als richtig angenommenen Gründen vorschreiben, nur lediglich auf dieselbe einzuschränken, keinesweges aber auch auf den Vater anzuwenden [q]). In soferne demnach nicht ausdrückliche Landesgesetze vorhanden seyn sollten, die das Gegentheil verordnen, liegt es dem Vater bey der Verwaltung des mütterlichen Vermögens seiner Kinder nicht einmahl ob, derselben nächste Verwandten zu Rathe zu ziehen [r]). Weil inzwischen diejenige vorzügliche Gewalt, welche die Gesetze einem Vater über seine Kinder, auch nach aufgehobener Ehe, woraus die Kinder erzeuget worden, einräumen, nicht zum Schaden derselben und zur Verschwendung ihres Vermögens angewandt werden kann [s]); so leiden auch die bisher angeführten Grundsätze, nach welchen der Vater auch nach vollzogener zwoten Ehe der natürliche Vormund und Verwalter von dem Vermögen seiner Kinder bleibet, billig sodann eine Einschränkung, wenn derselbe bewiesenermassen vielleicht ein Durchbringer seyn oder werden sollte, bey welchem demnach die Kinder in Gefahr stünden, das Ihrige zu verliehren. Denn unter solchen

q) BERGER *c. l.*

r) PVFENDORF *Tom. 1. Obs. 200.*, welcher merklich schreibet: finge, liberos sub patria potestate constitutos nouam matrem accipere. Atqui patrem habenti tutor dari nequit. Conueniens igitur non est, vt tum tutores, vel curatores liberis constituantur, sed patris auctoritas tutorum certe consensum et eorum, qui pro tutoribus substituuntur, supplet.

s) *L. 13. §. 2. C. de Sentent. pass.*

chen Umständen kann ein Vater, ohne zu unterscheiden, ob er zur zwoten Ehe geschritten sey, oder nicht, der ferneren Fortführung seiner Vormundschaft entsetzet, und solche nach dem Ermessen der zuständigen Obrigkeit, als Obervormundes, andern Personen übertragen werden [t]). Allein, auch ausser einem solchen Fall kann ein Vater die Vormundschaft und die Verwaltung des Vermögens nicht weiter führen, wenn ihm dieselbe in dem letzten Willen derjenigen, welche die Kinder zu Erben eingesetzet haben, entweder ausdrücklich genommen [u]), oder wenigstens stillschweigend dadurch, daß dem Vater der Nießbrauch von dem Vermögen seiner Kinder nicht gestattet, entzogen worden [x]). Nach dem Gerichtsgebrauch hat es daher nicht den mindesten Zweifel, daß derjenige, der gewisse der väterlichen Gewalt annoch unterworfene Kinder zu Erben einsetzet, den Vater

t) *de* CRAMER *Tom. 1. Obs. 347.*

u) *Nouella 117. cap. 1.* Sancimus igitur, licentiam esse matri et auiae aliisque parentibus, postquam reliquerint filiis partem, quae lege debetur, quod reliquum est suae substantiae, siue in solidum voluerint, siue in partem, filio vel filiae, nepoti vel nepti, et deinceps descendentibus, donare, aut etiam per vltimam relinquere voluntatem, sub hac conditione, si voluerint, *vt pater, aut, qui omnino eos habent in potestate, in his rebus neque vsumfructum, neque quodlibet penitus habeant participium.* Haec enim et extraneis relinqui poterant, vnde nulla parentibus vtilitas nasceretur. Hoc itaque non solum parentibus, sed etiam omni personae licere praecipimus.

x) MEV. *P. 7. Dec. 356. n. 8.*

Vater derselben von allem Nießbrauch und aller Verwaltung des Vermögens, auch, was den Pflichttheil anlanget, ausschliessen, gegentheils aber die Vormundschaft im Betref der Verwaltung des Vermögens, solchen Personen, die überall nicht einmahl zu der Verwandschaft gehören, übertragen, und sowohl das eine, als das andere ohne Daseyn, oder Anführung hinlänglicher Ursachen thun und vornehmen könne [y]). Es hat ferner kein Bedenken, daß auch die Art und Weise, wie die Verwaltung des Vermögens mit Ausschluß des Vaters geschehen solle, lediglich von dem Willen desjenigen, der die Kinder zu Erben eingesetzet hat, abhängen müsse [z]). Weil auch bey der Erklärung eines letzten Willens am meisten auf die wahrscheinliche Absicht des Testirers gesehen werden muß, diese aber bey ausdrücklich eingesetzten Vormündern und Verwaltern des den Kindern hinterlassenen Vermögens, keine andere seyn kann, als den etwa lebenden Vater von aller Theilnehmung und Mitverwaltung auszuschliessen; so folget hieraus von selbst, daß in dem Fall, da die von dem Erblasser eingesetzten Vormünder bey desselben

y) CARPZOV. P. 2. *Const.* 10. *Def.* 11. *n.* 10. *seqq.* TITIVS *in Iur. priuat. Lib.* 6. *c.* 12. §. 14. *seqq.* SCHORCH *in Resp. et Sentent. select. Sent.* 221. *n.* 17. 18.

z) Es kann daher keinem Zweifel unterworfen seyn, daß auch diejenige verhältnißmäßige Belohnung und Vergütung, die solchen Vormündern von dem Testirer zugebilliget worden, ihre rechtsbeständige Gültigkeit habe. *L.* 33. §. 3. *in fin. de administrat. et peric. tut.* MENCK *de Salar. tut. et curat.* §. 7.

selben Ableben entweder bereits verstorben seyn sollten, oder auch die Vormundschaft nicht übernehmen wollten, oder auch nachhin fehlten, in Ermangelung besonderer und in dem letzten Willen enthaltener näherer Vorschriften, von der zuständigen Obrigkeit andere taugliche Personen zu Vormündern und Verwaltern des Vermögens bestellet werden können und müssen [aa]). Weil inzwischen die Beraubung des Nießbrauchs und der Verwaltung des Vermögens der unter väterlicher Gewalt sich befindenden Kinder der Regel nach, und bis auf gegentheilige ausdrückliche Erklärung des Erblassers, in keine wege zu vermuthen stehet; so ist auch, meinem wenigen Ermessen nach, unter zweifelhaften Umständen allemahl die Vermuthung anzunehmen, daß eine solche Verfügung sich nur auf den Fall der Wiederverheyrathung beziehe, zumahl, wenn die Rede von Müttern und Großältern mütterlicher Seite ist, die ihre Kinder und Enkel zu Erben einsetzen, und derselben

aa) *Nouella 117. cap. 1. in fin.* Si forsan is, qui relinquit, aut donat, nullum his dispensatorem ordinauerit, aut ab eo datus huiusmodi gubernationem subire noluerit, aut moriatur, antequam illi perfectae fiant aetatis, iubemus iudicem competentem curatorem fide dignum cum legitima fideiussione rebus talibus ordinare, qui debeat relictam talibus personis substantiam gubernare atque custodire, donec illi ad perfectam aetatem perueniant. In illis casibus legem, quae vsum parentibus praebet, volumus custodiri, quibus non inest specialiter huiusmodi conditio.

ben Väter von der Verwaltung ausschliessen bb). Inzwischen verstehet sich hiebey von selbst, daß, wenn der Erblasser unbestimmt in deutlichen Ausdrücken dem natürlichen Vater den Nießbrauch und die Verwaltung entzogen hat, seine Verfügung, der Regel nach, sowohl von dem Fall der Wiederverheyrathung, als von demjenigen, da dieselbe unterbleibet, ohne alle Einschränkung verstanden werden müsse.

Ob nun zwar der Satz: Daß diejenigen, die ihre Kinder, oder Enkel, oder sonst andere Personen, zu Erben einsetzen, nach ihrem eigenen Gefallen die Vormünder derselben bestimmen, auch die Art und Weise, wie die Verwaltung des hinterlassenen Vermögens eigentlich geschehen solle, vorschreiben können, an und für sich keinem Zweifel unterworfen seyn kann; so wollen gleichwohl angesehene Rechtslehrer cc), daß der von der Vormundschaft und Verwaltung des Vermögens seiner Kinder ausgeschlossene Vater, wegen der eventuellen Hofnung der Erbfolge das Recht habe, von den bestellten Vormündern das Inventarium und die Mittheilung der von ihnen geführten Rechnungen zu verlangen, und daß ihm ferner freystehe, den gesetzten Vormündern gutgemeinte Erinnerungen zu machen. Diese Befugnisse, die einige Rechtslehrer dem von der Verwaltung des Vermögens seiner Kinder ausgeschlossenen Vater zuge-

bb) *L. 114. D. de reg. Iur.*

cc) MEV. *P. 7. Dec. 356. in fin.*

zugestehen, haben in der Billigkeit ihren Grund, und sind daher sodann ungezweifelt in Anwendung zu bringen, wenn dem Vater die eventuelle Erbfolge nicht genommen, vielmehr bestättiget worden. Gegentheils aber fällt, meinem Bedünken nach, der Grund der Anwendung von selbst weg, wenn der Vater von der etwanigen Erbfolge seiner Kinder, wegen des denselben mit Ausschluß des Vaters vermachten Vermögens, ausdrücklich ausgeschlossen seyn sollte. Denn, in diesem Fall kann der Vater das Inventarium und die Mittheilung der geführten Rechnungen nicht verlangen, es wäre dann, daß er die Einsicht des Inventariums nur lediglich, um die Größe des Pflichttheils zu wissen, begehren mögte, und der Erblasser, oder die Erblasserin, insbesondere entweder die Mutter, oder der Großvater, oder die Großmutter gewesen seyn sollten. Denn, da bekannten Rechten nach in dem mütterlichen Testament und in dem letzten Willen der Großältern, der Pflichttheil keine Beschwehrung und Bedingung zuläßt [dd]); folglich desselben wegen dem Vater die etwanige Erbfolge nicht entzogen werden kann; so hat es auch keinen Zweifel, daß unter solchen Umständen dem Vater die Befugniß, die Mittheilung des aufgenommenen Inventariums verlangen zu können, um die eigentliche Größe des Pflichttheils mit genugsamer Zuverlässigkeit zu

 wissen,

dd) *L. 30. C. de inoffic. testament.* BERGER *c. l. Lib. 2. Tit. 4. Th. 15. n. 9.*

wissen, nicht füglich abgeschlagen werden könne. Niemahl aber, und unter keinerley Vorwand, kann inzwischen, meiner Einsicht nach, dem Vater die ihm schon nach dem Recht der Natur zustehende Befugniß, seine Kinder zu erziehen und die dazu erforderlichen Mittel zu erwählen, durch irgend ein Testament gänzlich genommen werden, wiewohl auf dem Fall, da derjenige, welcher die Kinder zu Erben eingesetzet hat, zugleich eine von den Gesinnungen und Grundsätzen des Vaters abstimmende Art der Erziehung vorgeschrieben haben sollte, alles auf die Entscheidung der Obrigkeit, als Obervormundes ankommen würde. Da inzwischen für die Verfügungen der Mutter und der Großältern, wegen der vorgeschriebenen Erziehungsart eben dieselbe gute Vermuthung vorwaltet, zumahl, wenn sie ihre Kinder, oder Enkel sogar zu Erben einsetzen, als, die der Regel nach für den Vater streitet; so pfleget auch davon ohne die wichtigsten Ursachen nicht leicht abgegangen zu werden. Gleichwie nun bey dem Mangel erheblicher Gründe, dem Vater, wenn er gleich zur zwoten Ehe schreiten sollte, sein Verlangen, die Kinder bey sich und in seinem Hause zu haben, um für ihre Erziehung desto mehr pflichtmässig sorgen zu können, nicht leicht abzuschlagen ist; so dürfen es dennoch die bestellten Vormünder niemahl an einer gehörigen Aufsicht ermangeln lassen, vielmehr müssen sie bey etwa entdeckten Fehlern oder Mängeln, für deren Abstellung alle Sorge tragen, und sich hierunter,

wenn in dem letzten Willen des Erblassers etwas Zweckdienliches verordnet worden, darnach genau richten, inzwischen unter allen Umständen die Bestättigung der zu ergreifenden Maaßregeln, in soferne sie von einiger Wichtigkeit seyn mögten, bey dem Obervormunde nachsuchen.

Würde in dem letzten Willen derjenigen, die gewisse Kinder zu Erben eingesetzet, und den leiblichen Vater derselben von der Verwaltung des hinterlassenen Vermögens ausgeschlossen haben, nichts von der künftigen Erbfolge bestimmet seyn, folglich dieselbe dem natürlichen Vater nach der Ordnung der Succession verbleiben; so hat zwar angeführtermassen das Begehren des Vaters um Mittheilung des Inventariums und der geführten Rechnungen keinen Zweifel. Allein, da eine solche Befugniß sich lediglich auf die künftige Erbfolge beziehet, keinesweges aber zugleich in einer Mitvormundschaft und Mitverwaltung des Vermögens der Kinder bestehen kann; so gebühret auch dem Vater nur sodann das Recht, diesen, oder jenen Veranstaltungen zu widersprechen, wenn er bey seiner Hofnung zur Erbfolge erweißlich künftig unmittelbar darunter leiden könnte, mithin solchergestalt die Rede lediglich von Abwendung künftiger Gefahr und Schäden seyn mögte. Im übrigen aber hat es zwar keinen Zweifel, daß die gutgemeynten Erinnerungen des leiblichen Vaters, wegen der Verwaltung des seinen Kindern zuständigen Vermögens, von den Vormündern niemahl zu verwerfen sind, zumahl, wenn sie die

Beförderung des wahren Beßtens der Kinder zum Augenmerk haben, und zwar ohne zu unterscheiden, ob dem Vater in dem letzten Willen die Hofnung der eventuellen Erbfolge genommen, oder bestättiget worden sey. Gegentheils aber können die gemachten Erinnerungen und Widersprüche, des von der Vormundschaft und Verwaltung ausgeschlossenen Vaters, nicht die mindeste Aufmerksamkeit verdienen, in soferne sie den von dem Erblasser insbesondere gemachten Vorschriften zuwider seyn, oder auch, welches jedoch der Regel nach nicht zu vermuthen, an sich unstatthaft und zweckwidrig, nach vorgängiger Prüfung und obrigkeitlichem Ermessen, befunden werden sollten.

III.

Ueber die angeblich von einer Frauensperson verübte Nothzucht und deren Strafe.

Nach den Meynungen angesehener Rechtslehrer [a]) kann ein Frauenzimmer, das eine Mannsperson wider Willen und mit Gewalt zur Vollbringung der Unzucht gebracht hat, nicht allein der verübten Nothzucht wegen angeklaget, sondern auch, im Fall sie die That nicht zu leugnen begehret, oder derselben rechtlich überwiesen wird, in Ermangelung genugsamer Milderungs-Gründe, auf gleiche Weise, als die Gesetze von einer Nothzucht, die von Mannspersonen verübet worden, vorschreiben [b]), bestrafet werden [c]). Diejenigen Rechtslehrer, die der eben angeführten Meynung zugethan sind, halten dieselbe um soweniger für zweifelhaft, weil in beyden Fällen, es möge nämlich der Nothzüchtiger eine Manns- oder Frauensperson seyn, einerley Verbrechen vorhanden ist, und nur lediglich die Personen verschieden

a) BEYER *ad Pandect. Lib. 48. Tit. 5. Pos. 33.* KOCH *Inst. Iur. Crimin. §. 283.*

b) Art. 119. P. G. O.

c) KRESS *ad art. 119. CC. §. 9. de* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 75. Obs. 2.* und *q. 133. Obs. 2.* Ebenderselbe *in Meditatt. ad CC. art. 119. §. 10.* MEISTER *in Princip. Iur. Crimin. S. 2. P. 2. c. 23. §. 3. n. a.*

schieden sind, folglich auch eben dieselben Grundsätze statt finden müssen. Aus dieser Ursache befürchten die angezogenen Rechtslehrer nicht, daß ihrer Behauptung der Einwurf: Daß die Gesetze eines solchen Falles, da eine Frauensperson eine eigentliche Nothzucht verübet hätte, nicht erwähnen, füglich gemacht werden könne [d]), weil der Regel nach nicht sowohl auf die Worte, als vielmehr auf den Grund des Gesetzes und auf die Aehnlichkeit des Rechts gesehen, und darnach der eigentliche Sinn des Gesetzes beurtheilet werden müsse [e]). Andere Rechtslehrer ziehen zwar die Hauptsache, oder die Möglichkeit des Corporis delicti, daß nämlich ein Frauenzimmer eine Mannsperson würklich nothzüchtigen und mit Gewalt zur Vollendung der Unzucht zwingen könne, nicht in Zweifel, sie leugnen aber wegen des ganzen Zusammenhanges des Art. 119. P. G. O. die daraus hergeleitete Folge, und wollen daher, daß, weil die Beschaffenheit und Grösse der zugefügten Beleidigung in dem Fall, da eine Mannsperson an einer Frauensperson eine Nothzucht verübet hat, grösser, als in dem umgekehrten Fall sey,

d) Art. 119. P. G. O. Item, so jemand einer unverleumdten Ehefrauen, Witwen, oder Jungfrauen mit Gewalt und wider ihren Willen ihr jungfreulich, oder freulich Ehre nehme, derselbe Uebelthäter hat das Leben verwirkt, und soll auf Beklagung des Benöttigten in Ausführung der Missethat einem Räuber gleich, mit dem Schwert vom Leben zum Todt gericht werden.

e) de BOEHMER ad CARPZOV. c. c. l. l.

sey, auch billig, wenn letzterer eintrete, eine gelindere Strafe statt finden müsse [f]). Bey Annahme dieser letzteren Meynung scheinet es gleichwohl, daß sich die Vertheidiger derselben selbst widersprechen. Denn, im Fall man die Sache, oder daß ein Frauenzimmer eine Mannsperson mit Gewalt und wider Willen zur Vollbringung der Unzucht, mithin zur fleischlichen Vermischung, zwingen, folglich sodann eine eigentliche Nothzucht, die nach den Gesetzen mit dem Tode zu bestrafen ist, vorhanden seyn könne, zugiebet; so muß auch die Anwendung der Schärfe des Gesetzes, das die Strafe der Nothzucht bestimmet, unbedenklich seyn. Hiezu kommt, daß ein Verbrechen der Regel nach um desto grösser zu halten sey, weil es von solchen Personen, die ihres moralischen oder physicalischen Zustandes halber noch besondere Bewegungs-Gründe hatten, es zu unterlassen, begangen worden [g]). Solchergestalt wäre allem Ansehen nach eine Nothzucht, die von einer Frauensperson mit gänzlicher Verleugnung der ihrem Geschlecht sonst eigenen Schamhaftigkeit verübet worden, für ungleich sträflicher, als wenn die Nothzucht von einer Mannsperson wäre begangen worden, billig zu halten [h]). Diejenigen, welche

f) FROELICH *P. 2. p. 244.* BLUMBLACHER *ad art. 118. CC.* DAMHOUDER *Pr. Crim. c. 95. n. 17.* KOCH *c. l. §. 291. Schol.*

g) *L. 7. §. 8. de iniur. L. 8. C. de episc. audient.* Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 55. 56.

h) *de* BOEHMER *ad art. 119. CC. §. 10.*

welche die von Frauenspersonen erzwungene fleischliche Vermischung mit dem andern Geschlecht für eigentliche und wahre Nothzucht ansehen, und sie auch dergestalt bestrafet wissen wollen, scheinen auch noch um deswillen vieles für sich zu haben, weil es ausgemachten Rechtens ist, daß eine Nothzucht überhaupt, nicht sowohl nach den Grundsätzen gemeiner fleischlicher Verbrechen, als vielmehr nach denjenigen, die von öffentlichen Gewaltthätigkeiten gelten, zu beurtheilen ist, folglich der mühsame Beweis des Corporis delicti in Absicht auf die Einlassung des Saamens, und der Uebereinstimmung beyder Verbrecher wegen aller und jeden Umstände, der sonst bey fleischlichen Verbrechen erfordert zu werden pfleget, bey der Nothzucht nicht unumgänglich nöthig ist, in soferne die würklich gewaltsamer Weise geschehene fleischliche Vermischung an sich keinem Zweifel unterworfen ist [i]).

Die bisher angeführten Gründe, die dazu dienen sollen, um die von einer Frauensperson angeblich verübte Nothzucht nach den gemeinen Grundsätzen, die überhaupt von der Nothzucht gelten, zu beurtheilen, fallen inzwischen bey näherer Untersuchung von selbst dahin. Denn alle diejenigen Rechtslehrer, welche die von einer Frauensperson durch gewaltsame Mittel erzwungene fleischliche Vermischung für eine wahre und eigentliche Nothzucht angesehen und bestrafet wissen

sen

i) Struben in dem dritten Theil der rechtl. Bedenken *n. 24.* *de* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 75. Obs. 5.*

sen wollen, ziehen die Sache selbst, oder, daß eine Frauensperson eine Mannsperson gewaltsamer Weise zur Vollbringung der Unzucht zwingen könne, nicht in Zweifel. Die physicalische Möglichkeit der Sache selbst aber, oder, daß eine Frauensperson eine Mannsperson, welche die mit ihr zu vollbringende Unzucht verweigert, folglich einen wahren Abscheu und Widerwillen daran hat, dennoch gewaltsamer Weise zur fleischlichen Vermischung zwingen könne, müßte billig vor allen Dingen durch die überzeugendsten Gründe dargethan werden. Denn, so lange man noch über die Möglichkeit der Sache, oder über die Frage: Ob eine Frauensperson eine wahre Nothzucht an einer Mannsperson verüben könne? streitet, ist es ungereimt, die in der peinlichen Gerichts-Ordnung, der vollbrachten Nothzucht wegen, wiewohl unter andern Umständen, beschriebene Strafe auf den Fall, da dieselbe von einer Frauensperson verübet worden, anwenden zu wollen [k]). Hieraus ist es denn, meinem Bedünken nach, ohne besondere Schwierigkeit zu erklären, warum sowohl die Karolinische Halsgerichts-Ordnung, als andere in Deutschland bekannt

k) Claproth in dem ohnmaßgeblichen Entwurf eines Gesetzbuches, das Criminal-Recht betreffend, im fünften Abschnitt, im ersten Hauptstück §. 1. findet nicht für nöthig, des Falles, da eine Frauensperson eine würkliche Nothzucht verübet hätte, zu erwehnen, sondern schreibet an dem angezogenen Ort merklich: Der umgekehrte Fall vom andern Geschlecht ist kaum zu gedenken.

kannt gewordene neuere Criminal-Gesetze [l]) diejenige Art der Nothzucht, die eine Frauensperson verübet hat, gänzlich mit Stillschweigen übergehen. Ich darf mich hiebey wohl eben nicht auf den Einwand: Daß auch verschiedene Aerzte die Möglichkeit einer von Mannspersonen verübten Nothzucht in Zweifel ziehen [m]), mit mehrerem einlassen. Denn eines theils würde derselbe mehr für meine Behauptung, als wider dieselbe seyn, und andern theils sind die Verschiedenheit bey beyden Geschlechtern und die daraus herzuleitenden Gründe, warum die angeblich von einer Mannsperson verübte Nothzucht nicht geschehen könne, an sich nicht in Zweifel zu ziehen [n]); daß daher diejenige Nothzucht, die angeblich von einer Frauensperson begangen seyn soll, der Regel nach, für eine bloße Chimäre zu halten, ist von selbst einleuchtend. Wann es nun angeführtermassen noch nicht gehörig dargethan ist, daß eine Frauensperson, wegen der an einer Mannsperson verübten und vollbrachten Nothzucht, ver-

l) *Constitutio Criminalis Thereſiana*, oder der Römisch-Kaiserl. zu Hungarn und Böheim rc. rc. Königl. Apost. Majestät Maria Theresia, Erzherzogin zu Oesterreich rc. rc. peinliche Gerichts-Ordnung, Wien 1769. im sechs und siebenzigsten Artikel §. 1. Wer einer unverleumdeten Jungfrauen, Wittib, oder Frauen mit Gewalt und wider ihren Willen ihre jungfräulich, oder weibliche Ehre nimmet, der begehet das Laster der Nothzucht.

m) TEICHMEYER *Inſt. med. legal. c. 4. q. 3.*

n) Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 489.

vernünftiger Weise und mit Rechtsbestande angeklaget werden könne; so fällt auch alle Anwendung des Art. 119. P. G. O. und der in demselben, der Nothzucht halben festgesetzten Todesstrafe, in einem solchen Fall von selbst hinweg. Sowenig nun gleich, meiner Einsicht nach, die bisher angeführten Sätze gegründete Einwürfe zulassen; so will ich dennoch auf die Zweifel der Rechtslehrer, die aber alle die Möglichkeit der von einer Frauensperson zu verübenden Nothzucht als ausgemacht zum voraus setzen, annoch mit wenigem antworten.

Was zuförderst den Einwurf, der von der Gleichheit des Grundes hergenommen wird, betrift, so ist billig zu erwägen, daß derselbe um soweniger einige gegründete Aufmerksamkeit verdienen könne, als der Kaiser Karl der Fünfte nicht ein jedes gewaltsames Attentat auf die Keuschheit eines andern, sondern vielmehr lediglich den gewaltsamen Raub der jungfräulichen, oder fräulichen Ehre für eine so schwere Missethat, daß solche, nach den Grundsätzen des Raubes, an dem Schänder der Ehre mit dem Tode zu bestrafen sey, ansiehet. Wann nun ohnehin nicht von den Worten eines Gesetzes, ohne genugsamen Grund, abzugehen, zumahl wenn der Sinn desselben, sowohl aus den deutlichen Worten, als aus dem ganzen Zusammenhange, erhellet; so ergiebet sich auch daraus von selbst, daß der angezogene Artikel 119. P. G. O. unter keinen Umständen auf solche Fälle, wovon er nicht redet, und die er ausdrücklich nicht begreifet, auch nicht

anzuwenden sey. Hiezu kommt, daß die jungfräuliche Ehre, oder der Besitz der Keuschheit bey Frauenspersonen notorisch ein weit grösseres Guth, als bey Mannspersonen ist, auch bey jenen oft den Mangel an andern Glücksgüthern ersetzet. Gegentheils kann der von Mannspersonen getriebene unzüchtige Lebenswandel, seiner Natur und Beschaffenheit nach, diejenigen nachtheiligen Folgen, die daraus für Frauenspersonen entspringen, niemahls hervorbringen o). Dieses an sich richtige Verhältniß haben ohngezweifelt die Gesetze zum Augenmerk, wenn sie der Nothzucht, die von einer Frauesperson verübet worden, nicht erwehnen; gegentheils aber diejenige Nothzucht, die von einer Mannsperson an einer Frauensperson begangen worden, als eine eigentliche Räuberey angesehen und am Leben bestrafet wissen wollen. Allein, wenn man auch die Grösse des Verlustes der Keuschheit bey beyden Geschlechtern gleich in Anschlag bringen wollte; so wäre es gleichwohl unmöglich, daß es einer Mannsperson an ihrer wahren Ehre schaden könnte, daß eine liederlichgesinnte Frauensperson gewaltsame Anfälle auf dessen Keuschheit unternommen habe, sintemahl der würkliche Verlust der letzteren, angezogenermassen, von einer Frauensperson durch gewaltsamer Weise erzwungene fleischliche Vermischung, niemahls bewirket werden kann.

So

o) GUNDLING *Diss. maiorem a femina, quam a viris requiri castitatem*, Hal. 1717.

So wenig es nun zu beweisen stehet, daß ein Frauenzimmer eine Mannsperson würklich nothzüchtigen, und mit ihr die fleischliche Vermischung gewaltsamer Weise zu Stande bringen könne, es auch an sich mit dem Verlust der männlichen Keuschheit eine ganz andre Bewandniß, als mit der jungfräulichen Ehre hat; so behält es dennoch seine ungezweifelte Richtigkeit, daß diejenige Frauensperson, die sich bewiesenermassen würklich gewaltsamer Mittel bedienet hat, um die von ihr geliebte Mannsperson wider Willen zur Unzucht und fleischlichen Vermischung zu zwingen, ein schweres Verbrechen begehe, auch nach Beschaffenheit und Grösse der zugefügten Gewalt, und nach dem Ermessen vernünftiger Richter mit Gefängniß, oder gar mit der Verurtheilung zum Zuchthaus, bestrafet, und überdieß zur Leistung rechtlicher Genugthuung für den beleidigten Theil angehalten werden könne und müsse [r]). Die Todesstrafe kann inzwischen wegen des von einer Frauensperson unternommenen gewaltsamen Anfalls auf die Keuschheit einer Mannsperson, in soferne nicht andere Verbrechen, die an sich mit dem Tode zu bestrafen sind, damit verbunden seyn sollten, niemahls erkannt werden. Denn eines theils würde ein solches Erkenntniß, vermöge der bisher mit mehrerem an- und ausgeführten Grundsätze, gesetzwidrig und daher unzuläßig seyn, und andern theils stehet es nicht in des Richters Gewalt, nach eigenem Gutbefinden, dieses oder jenes

r) Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 101. 190. und §. 492.

nes Verbrechen, peinlich und wohl gar mit dem Tode zu bestrafen, wenn die in Deutschland geltenden peinlichen Rechte eine solche Strafe nicht insbesondere bestimmen und bestättigen, vielmehr dieselbe dem bekannten Grunde der Gesetze zuwider ist [q]). Es können demnach die gewaltsamen Mittel, deren sich eine Frauensperson bedienet, um eine Mannsperson wider Willen zur fleischlichen Vermischung und Vollbringung der Unzucht zwingen zu können, eigentlich nicht nach den Grundsätzen, die von der Unzucht, sondern vielmehr nach denjenigen, die von der Gewalt und von unterstandenen Verbrechen gelten [r]), beurtheilet, und die Strafe darnach bestimmet werden; indem eines theils die Vollbringung der Unzucht durch fleischliche Vermischung, sich unter den angeführten Umständen nicht gedenken läßt, und andern theils selbst in dem Fall, da die Möglichkeit derselben zu beweisen stünde, gleichwohl wegen grosser Verschiedenheit der Fälle diejenige Strafe, die nach den Gesetzen einer eigentlichen und von einer Mannsperson vollbrachten Nothzucht halben erkannt werden muß, in dem oft angezogenen Fall nicht platzgreiflich werden könnte.

q) Art. 104. P. G. O. worin es unter andern merklich heißt: Aber sonderlich ist zu merken, in was Sachen, oder derselben gleichen unser Kaiserlich Recht, keinerley peinlicher Straff am Leben, Ehren, Leib, oder Gliedern setzen, oder verhengen, daß Richter und Urtheiler darwider auch niemandt zum Todt, oder sonst peinlich straffen.

r) Art. 178. P. G. O.

IV. Ob

IV.

Ob derjenige, der seinen bereits bezahlten Wechsel in seines ehemahligen Gläubigers Händen gelassen hat, in dem Fall, daß jener hienächst auf einen Dritten indossiret, oder demselben in Solutum zugeschlagen worden, den Einwand bereits geschehener Zahlung machen könne?

So ausgemachten Rechtens es an und für sich ist, daß derjenige, welcher seine Schuld entweder durch eine würkliche Bezahlung, oder Abrechnung, oder sonst auf andere Weise, getilget hat, die wegen derselben zur Sicherheit gesetzten Pfänder, oder ausgestellten Handschriften zurück zu fordern berechtiget sey[a]); eben so unleugbar ist es auch, daß ein solcher, der nach getilgter Schuld seine Handschrift, oder Wechsel in seines Gläubigers Händen läßt, wegen des möglichen Misbrauchs, sowohl gegen sich selbst, als gegen andere sehr unvorsichtig handle[b]). Denn sich selbst setzet man durch ein solches Betragen der Gefahr aus, bey dem Mangel genugsamer Beweise der bereits geleisteten Zahlung, auf seinem Wechsel noch einmahl belanget zu werden, und für andere kann dergleichen Nachläßigkeit, bey

a) L. 9. C. *ad exhibend.*

b) MEV. P. 6. Dec. 119.

etwa geschehener Cession des Wechsels, gleichfals die nachtheiligsten Folgen haben.

Es fräget sich aber nun insbesondere: Ob der Inhaber eines bereits bezahlten Wechsels, der denselben entweder nach vorgängiger Cession, oder weil er ihm in Solutum zugeschlagen worden, in gutem Glauben besitzet, den Aussteller des Wechsels zur Einlösung, oder zur nochmahligen Zahlung, im Wege Rechtens anhalten könne?

So wenigen Zweifel nun zwar auf der einen Seite die Fälle, da entweder der jetzige Inhaber eines bereits bezahlten Wechsels denselben ohne allen Rechtsgrund, mithin ohne förmliche Cession besitzen mögte, oder auch schon zu der Zeit, da jener auf ihn indossiret worden, gewußt haben sollte, daß er durch die geschehene Bezahlung bereits erloschen sey, haben können, indem sodann aller Rechtsgrund zur Klage wider den Aussteller des Wechsels von selbst dahin fällt; so scheinbar ist es dagegen auf der andern Seite, daß dem Indossatario, oder demjenigen, der einen Wechsel nach vorgängiger Cession in gutem Glauben besitzet, und der wegen der bereits erfolgten Bezahlung keine Wissenschaft bisher gehabt hat, die Exceptio factae solutionis mit Rechtsbestande nicht füglich gemacht werden könne. Denn, da es eine unbestrittene Rechtswahrheit ist: Daß einer alle diejenigen Schäden, die er unmittelbar durch seine Unvorsichtigkeit verursachet hat, zu ersetzen, verbunden sey; so scheinet es daher keinen gegründeten Zweifel zu haben, daß der Aussteller des cedirten Wechsels, oder derjenige, der ihn geständ-

geständlicher, oder bewiesenermassen, eigenhändig unterschrieben und besiegelt hatte, mit Verwerfung seiner ihm sonst zuständigen Rechtsbehelfe, zur Bezahlung schlechterdings verurtheilet werden müsse, zumahl die Erhaltung von Treue und Glauben es schon an sich erfordert, daß wider klare Hand und Siegel keine fernere Einwendungen für zuläßig geachtet werden müssen. In Gemäßheit dieser Grundsätze behaupten denn auch die angesehensten Rechtslehrer, daß in eigentlichen Wechselsachen diejenigen Rechtsbehelfe, die sonst in ordentlichen Processen alle Aufmerksamkeit verdienen, nach erfolgter Anerkennung von Hand und Siegel, nicht weiter statt finden, und daß überhaupt diejenigen Einreden, die dem Cedenten entgegen stehen, dem Cessionario, oder demjenigen, auf welchen ein Wechsel indossiret worden, nicht einmahl in der Gestalt einer Wiederklage gemacht werden könne [c]). Solchergestalt bleibet, nach diesen Grundsätzen, dem Aussteller eines bezahlten Wechsels nichts weiter übrig, als dem jetzigen Inhaber desselben die Bezahlung noch einmahl zu leisten, und zur etwanigen Erhaltung

 der

c) HOMMEL *in Rhapsodia Quaest. in foro quotidie obuenient. neque tamen legibus decisarum Obs. 121. v.* Quaerebatur, anne saltem in reconuentione aduersus indossatarium exceptio, solutionem jam indossanti factam esse, deduci possit? Respondimus, debitorem condemnatum hanc exceptionem nequidem in reconuentione aduersus indossatarium deducere posse. Nam etsi non diffiteamur, hoc durum quibusdam videri posse, tamen seruanda cambiorum fides.

der Schadensersetzung wider den Indossanten, oder Trassanten wegen des Betrugs zu klagen, oder die Actionem doli zu erheben [d]).

Ob nun gleich die bisher angeführten Grundsätze in denjenigen Ländern, woselbst durch Landesgesetze ein strenges Wechselrecht eingeführet worden, keinem erheblichen Zweifel unterworfen sind; so können dieselben gleichwohl gegentheils ausser solchen Ländern nicht in Anwendung gebracht werden. Denn an den letzteren Oertern hat es bey der Vorschrift gemeiner Rechte [e]): nach welcher nämlich eine jede Verbindlichkeit, die entweder bereits würklich geleistet und erfüllet worden, oder die auch in Absicht der rechtlichen Wirkungen als geleistet angesehen werden muß, dergestalt für erloschen zu halten ist, daß sie daher auch durch etwanige Cession, unter keinen Umständen, auf einen andern gebracht werden kann, lediglich das Bewenden. Hieraus ergiebet sich nun von selbst, daß der Aussteller eines Wechsels, der denselben, nach bereits geschehener Bezahlung [f]), in seines ehe-

d) HOMMEL *c. l.* v. ideoque nullum debitori soluere coacto remedium superest, nisi actio doli aduersus trassantem, aut primum indossantem.

e) *L. 43. de Solut. pr. Inst. quib. mod. toll. obl. L. 4. et 12. C. de compensat.*

f) Weil inzwischen eine angeblich geschehen seyn sollende Bezahlung eine blosse Thatsache ist, die nicht zu vermuthen stehet, sondern von demjenigen, der sich darauf berufet, bewiesen werden muß; so ergiebet sich auch daraus von selbst die Folge, daß der Aussteller eines Wechsels, welcher die bereits erfolgte Tilgung,

ehemahligen Gläubigers Händen gelassen hat, daraus sowenig von dem letzteren, als von dessen Cessionario im Wege Rechtens besprochen werden, und daß es dabey auch darauf nicht im mindesten ankommen könne, ob der Wechsel insbesondere auf eine gewisse Person ausgestellet gewesen sey, oder ob der Aussteller sich in dem Wechsel schlechterdings dazu verbindlich gemacht habe, sofort auf geschehene Vorzeigung an einen jeden getreuen Inhaber zu bezahlen.

Wollte man nun wider die bisher angeführten Grundsätze den Einwurf machen: Daß es bey einem in andern Händen sich befindenden Wechsel dermahlen darauf nicht ankommen könne, ob die geschehene Bezahlung, oder Erlöschung des Wechsels zu beweisen stehe, oder nicht, immassen dennoch dem Aussteller eines bezahlten Wechsels deshalb, daß er denselben in seines ehemahligen Gläubigers Händen gelassen hat, ein großer Grad der Unvorsichtigkeit zu Schulden komme, und er daher um deswillen zu der Ersetzung der daraus einem Dritten erwachsenen Schäden gehalten sey; so ist gleich-

Tilgung, oder Bezahlung für sich anführet, solche auch beweisen müsse, und zwar ohne zu unterscheiden, ob er von seinem ehemahligen Gläubiger selbst, oder von dessen Cessionario belanget werde. So wenigen Zweifel aber auch an sich, der dem Aussteller eines Wechsels obliegende Beweis geschehener Zahlung, haben kann, so ausgemacht ist es auch, daß derselbe in Ermangelung anderer Beweisthümer, durch Zeugen, oder Urkunden, sich der Eydesdelation wider einen jeden, der ihn wegen des ausgestellten Wechsels in Ansprache nimmt, bedienen könne.

gleichwohl dagegen billig in Betracht zu ziehen, daß auch der Cessionarius, oder derjenige, auf welchen ein bereits bezahlter Wechsel indossiret worden, nicht von aller Unvorsichtigkeit frey zu sprechen sey. Da nun im Collisions-Fall die Gesetze mehr dem Beklagten, als dem Kläger begünstigen, und in zweifelhaften Fällen überhaupt, der Richter eher für den Beklagten, als den Kläger sprechen muß [g]); so kann auch die von dem Aussteller des Wechsels gleichwohl bewiesene Unvorsichtigkeit, daß er denselben, nach erfolgter Bezahlung, in seines ehemahligen Gläubigers Händen gelassen, und dadurch zum Misbrauch Anlaß gegeben hat, dermahlen nicht in Betracht kommen. Um sich aber davon überzeugen zu können, daß derjenige, auf welchen ein bereits bezahlter Wechsel indossiret worden, wenigstens eben so unvorsichtig, als der Aussteller, der ihn in den Händen seines Gläubigers gelassen hat, handele, darf man nur dieses erwägen, daß es eines jeden Menschen Pflicht erfordere, denjenigen, mit welchem er sich in Geschäften einläßt, genau zu kennen. Diesemnach ist es allerdings für eine grosse Nachläßigkeit zu halten, wenn man sich von solchen Leuten, bey denen man wegen des Regresses, und der Gewährsleistung nicht gesichert ist, die von andern Personen ausgestellte Wechsel, oder sonstige Forderungen cediren läßt. Wollte man nun gleich hiegegen einwenden: Daß die Beobachtung der angeführten Regel nicht unter allen Umständen in eines jeden Menschens Gewalt

g) MEV. P. IX. Dec. 163.

walt stehe; so glaube ich dennoch um deswillen keinen genugsamen Grund zu haben, meine bereits festgestellten Grundsätze: Daß nämlich auch dem Cessionario ein grosser Grad der Unvorsichtigkeit zu Schulden komme, zu verlassen. Denn, hatte derjenige, auf welchen ein Wechsel indossiret worden, noch immer den Ausweg vor sich, jenen dem Aussteller zu präsentiren, um dadurch die Gewißheit zu erhalten, ob letzterer den Wechsel acceptire, und ob er ihn zur Verfallzeit zu bezahlen Willens sey; so leidet es nicht den mindesten Zweifel, daß ein Indossatarius, der die Präsentation eines trassirten Wechsels unterlassen, dadurch alle diejenigen Rechtsbehelfe, die einem Cedenten entgegen stehen, stillschweigend anerkannt habe [h]). Es ist auch überhaupt und unter allen Umständen, wenn gleich zu der Zeit der erfolgten Cession des Wechsels, die Bezahlung noch nicht geschehen seyn mögte, die Präsentation von vielem Nutzen, weil den Rechten nach, bey ermangelnder Anzeige der geschehenen Cession, der Schuldner, welcher den Cedenten in gutem Vertrauen die Bezahlung geleistet hat, der Regel nach, von aller ferneren Ansprache befreyet wird, und

h) Die Provincial-Rechte erfordern zum Theil nicht zwar schlechterdings die Präsentation in Wechselsachen; sie wollen aber dennoch, daß solche Wechsel, die durch verschiedene Hände gegangen sind, wenigstens zur Verfallzeit gehörig präsentiret, und daß, in Entstehung dessen, einem Wechsel nur die Rechte einer andern Verschreibung beygeleget werden sollen, s. Schwedische Wechsel-Ordnung von 1748. Art. 5. §. 3.

und ihm sodann der Umstand, daß zu der Zeit der geleisteten Bezahlung die Cession bereits geschehen gewesen sey, nicht füglich entgegen gesetzet werden kann [i]). Es leidet inzwischen der eben angeführte Satz sodann seine Ausnahme und Einschränkung, wenn dem Cessionario bey der Cession zugleich ein Pfandrecht in denjenigen Güthern, die dem Cedenten von seinem Schuldner, oder dem Aussteller der Handschrift verpfändet worden, verschrieben seyn sollte. Denn in einem solchen Fall kann der Aussteller des Wechsels, die bereits geschehene Bezahlung, dem Cessionario nicht entgegen setzen, vielmehr bleibet dem letzteren in alle Wege freygestellet, ob er gegen den Cedenten zur Erhaltung seiner Schadensersetzung klagen, oder vielmehr seine Hypothek verfolgen, und den Besitzer des ihm rechtmäßig verpfändet gewordenen Grundstücks, belangen wolle [k]).

Es ist nun noch ein besonderer Fall zu erörtern übrig, bey dem es, wenigstens dem ersten Ansehen nach, zweifelhaft zu seyn scheinet, ob auch auf denselben meine bisherigen Behauptungen Anwendung finden. Da es nämlich ein sehr gewöhnlicher Umstand ist, daß in dem ausgestellten Wechsel die Zeit der Einlösung, oder der Wiederbezahlung genau ausgedruckt zu werden pfleget; so fräget sich: Ob nicht wenigstens sodann

i) *L. 3. C. mandat. L. vlt. D. de transact. L. 3. C. de nouat.* a SANDE *de actionib. cess.* MÜLLER *de eo quod iustum est circa cession. actionum §. 14.*

k) *L. 23. §. 1. de hered. vel act. vend.* BROCKES *Select. Obs. forens. Obs. 101.*

dann der Aussteller eines Wechsels, der vor der Verfallzeit die Bezahlung geleistet, seine Handschrift aber nicht wieder zurück gefordert hat, dem dritten Besitzer, dem solche nachhin cediret, oder in Solutum zugeschlagen worden, und der sie nun in gutem Glauben besitzet, zu einer nochmahligen Zahlung gehalten werde? Es ist dieser Fall allerdings merklich von dem vorhin angeführten unterschieden. Denn ein solcher, dem ein Wechsel vor der Verfallzeit cediret wird, hat weit wenigeren Grund, irgend einigen Betrug zu befürchten, als derjenige dazu Ursache hat, dem ein Wechsel allererst, nachdem die Verfallzeit bereits eingetreten, oder verflossen ist, cediret worden. Eben daher ist auch der Grad der Unvorsichtigkeit bey dem letzteren weit grösser, als bey dem ersteren. Allein, diesem allen ohngeachtet glaube ich dennoch keinen genugsamen Grund zu haben, die bisher angenommenen Grundsätze zu verlassen, und an deren Stelle andere anzunehmen. Käme es bey der Beantwortung der aufgeworfenen Frage lediglich auf die Beschaffenheit des Besitzes des nunmehrigen Inhabers der Handschrift, oder desjenigen, auf welchen der Wechsel indossiret worden, an; so würde freylich der gegenwärtige Fall von dem vorhergehenden gar sehr unterschieden, und demnach auch andere Grundsätze anzunehmen seyn. Weil aber dermahlen alles auf die Beantwortung der Frage: Ob die in des ehemahligen Gläubigers Händen gelassene Handschrift, nach bereits geschehener Bezahlung, noch eine Verbindlichkeit auf Seiten des Ausstellers ausmache? beruhet,

beruhet, solche aber, vermöge der oben angezogenen Grundsätze, zu verneinen ist; so ergiebet sich auch daher von selbst die Folge: Daß es in aller Absicht für einen eigentlichen Widerspruch angesehen werden müsse, ein bereits erloschenes Recht annoch auf einen andern bringen zu wollen. Man kann es daher mit Recht als einen allgemein geltenden Grundsatz annehmen: Daß der Aussteller eines Wechsels, der denselben, nach geschehener Bezahlung, in seines Gläubigers Händen gelassen hat, in soferne anders jene Bezahlung zu beweisen stehet, von dem etwanigen künftigen Inhaber niemahls rechtlich besprochen werden könne. Es ist auch unter solchen Umständen billig für einerley zu halten, ob der Aussteller eines Wechsels die Zahlung in dem festgesetzten Termin, oder, nachdem derselbe bereits verflossen gewesen, geleistet habe; ob der Aussteller des Wechsels bey seinem Leben daraus unmittelbar belanget, oder nach seinem Tode seine Erben deshalb verklaget worden. Denn, daß an und für sich der Umstand, daß der Aussteller, eines in fremden Händen sich befindenden Wechsels, nicht mehr lebe, dessen Erben, in soferne sie anders die bereits geschehene Erlöschung, oder Bezahlung des Wechsels zu beweisen im Stande sind, nicht nachtheilig seyn könne, ergiebet sich, meinem Bedünken nach, daher von selbst, weil der Regel nach, alle Rechte und Befugnisse, die nicht insbesondere einen gewissen bestimmten Zustand, oder Eigenschaft einer Person zum voraus setzen, oder in soferne nicht ein anders Vertragsweise festgesetzet worden, auf die

Erben

Erben gehen. Letztere können daher, bekannten Rechten nach, sich aller derjenigen rechtlichen Einreden und Beweismittel, die ihrem Erblasser zu statten kamen, wider eine jede erhobene Ansprache bedienen.

Da inzwischen, nach der Vorschrift der Gesetze, eine Handschrift, in soferne nach deren Ausstellung bereits zwey Jahre verflossen sind, den Empfang der darin ausgedruckten Summe vollständig beweiset, und der Aussteller der Handschrift mit der Einrede des nicht empfangenen Geldes nicht weiter zu hören ist [l]); so könnte es das Ansehen gewinnen, daß auch in dem umgekehrten Fall, da nämlich ein Wechsel, oder eine Handschrift sich noch nach zwey Jahren in des Gläubigers, oder eines Dritten Händen befinden würde, den Einwand der bereits erfolgten Erlöschung, oder Bezahlung nicht ferner zulasse. Allein, wenn man hiegegen erwäget, daß dasjenige, was etwa die Gesetze in einzelnen Fällen, aus besondern Ursachen, gleichsam vermöge einer Ausnahme, festsetzen, auf ganz unterschiedene Umstände, oder Fälle nicht zu ziehen sey; so ergiebet sich auch daher von selbst die Folge: Daß von der Vorschrift der Rechte, nach welcher, nach Ablauf von zwey Jahren wider eine ausgestellte Handschrift der Einwand des nicht empfangenen Geldes nicht weiter statt hat, darauf, daß

l) *L. 7. §. 14. C. de N. N. P. L. 4. C. de condict. ex lege §. 2. Inst. de except.*

daß nun auch der Aussteller eines Wechsels, der den ehemahligen Empfang des Geldes, oder der Valutä zwar nicht zu leugnen begehret, gleichwohl aber die bereits geleistete Bezahlung behauptet, damit nicht ferner zu hören sey, der Schluß in keine Wege gemacht werden könne.

Alles dasjenige was bisher, nach den Grundsätzen gemeiner Rechte, an- und ausgeführet worden, leidet ebenfalls in den hiesigen Landen seine unzubezweifelnde Anwendung, und bey dem Mangel einiger Vorschriften vom Gegentheil hat es keinen Zweifel, daß der Aussteller eines Wechsels, oder einer andern Handschrift, die sich nach geschehener Bezahlung in eines andern Hand befindet, auch in Mecklenburg befugt sey, dem Kläger die Exceptionem solutionis entgegen zu setzen. Denn, wenn gleich die Mecklenburgischen Landesrechte in klaren, liquiden, auf reine Hand und Siegel beruhenden Schuld- und Wechselsachen, den Gebrauch sonst erlaubter Suspensiv-Mittel verwerfen[m]), und gegentheils vorschreiben, daß sodann sofort zur Anerkennung von Hand und Siegel, oder zur endlichen Diffession geschritten werden solle; so erlauben sie gleichwohl demjenigen, wider den eigene Hand und Siegel vorhanden ist, rechtliche Einwendungen dawider vorbringen zu können[n]). Diesemnach würde es auch in

m) Der Landesgrundgesetzliche Erbvergleich §. 384. *n*. 10.

n) Die Land- und Hofgerichts-Ordnung im 2ten Theil Tit. 27. §. 1. "So oft die Beweisung durch Instru-

in den hiesigen Landen keinem Zweifel unterworfen seyn, daß derjenige, welcher nach geschehener Bezahlung seine Handschrift in seines ehemahligen Gläubigers Händen gelassen, und dadurch selbst zum Misbrauch derselben Anlaß gegeben hätte, auf dem Fall, daß er daraus von irgend jemand im Wege Rechtens besprochen würde, den Einwand bereits geschehener Bezahlung, oder der erlöschten Verbindlichkeit entgegen setzen, und zu deren Begründung sich aller sonst zuläßigen Beweismittel bedienen könne.

Die einzige Einwendung von den bisher im Allgemeinen angeführten Grundsätzen, oder, der einzige Fall, da der Aussteller eines Wechsels, nach bereits geschehener Bezahlung dennoch von einem jeden rechtmäßigen Inhaber desselben belanget werden könnte, bestehet, meinem Bedünken nach, darin, wenn der letztere zu erweisen im Stande seyn möchte, daß ersterer sich gegen ihn betrüglich bewiesen habe. Da inzwischen die Rechte die Absicht, einen andern betrügen, oder hintergehen zu wollen, von Niemand vermuthen, gegentheils von demjenigen, der solche behauptet, den Beweis fordern, entfernte Muthmassungen aber dazu nicht genügen; so würde es in keine Wege für hinreichend geachtet werden können, wenn etwa der Kläger bewiese, daß der Aussteller des Wech-

 sels,

Instrumente, Briefe, Siegel, Register, oder dergleichen Sachen vorgenommen wird, soll der Gegentheil dieselbe besichtigen, manum et sigilla recognosciren, oder diffitiren, Copey davon nehmen, und seine Einrede dawider vorbringen.„

sels, entweder nach bereits vorgegangener Cession die Bezahlung dennoch geleistet habe, oder, daß er wenigstens, den Umständen nach, einigermassen habe vermuthen müssen, daß mit seinem in des ehemahligen Gläubigers Händen gelassenen Wechsel ein Misbrauch zum Nachtheil anderer getrieben werden möge, im übrigen aber es an dem Beweis der würklich gehegten bösen Absicht, dadurch einem andern schaden zu wollen, ermangelt. Gegentheils leidet es keinen Zweifel, daß der Aussteller eines Wechsels, oder einer Handschrift, auch noch nach geschehener Bezahlung, bey erfolgter Cession sodann verbunden bleibe, und dem Inhaber des Wechsels zur Leistung einer abermahligen Bezahlung gehalten sey, wenn dieser rechtlich zu beweisen im Stande ist, daß der Aussteller des Wechsels mit seinem ehemahligen Gläubiger, zum Schaden anderer, eine sträfliche Collusion unterhalten, mithin den Wechsel entweder geflissentlich bey seinem ehemahligen Gläubiger gelassen habe, damit der nachhin erfolgte Betrug zu Stande kommen möge, oder auch jener Aussteller zur rechten Zeit von der vorseyenden Cession Nachricht gehabt, und es gleichwohl vorsätzlich unterlassen habe, dem Cessionario von der bereits erfolgten Erlöschung, oder Bezahlung des Wechsels die gehörige Anzeige zu machen. Ausser diesen wenigen Einschränkungen ist, meinem Bedünken nach, die aufgeworfene Frage, der Regel nach, zu bejaen.

V. Von

V.

Von der Verbindlichkeit eines Vaters zu der Verpflegung des von seinem Sohn ausser der Ehe erzeugten Kindes.

Ob zwar die Erben, nach dem Römischen Recht, nur unter verschiedenen Einschränkungen zu der Ersetzung der von ihrem Erblasser durch sein begangenes Verbrechen gewirkten Schäden gehalten werden [a]); so sind gleichwohl die Erben, in Gemäßheit der Grundsätze des Canonischen Rechts [b]), und nach dem sich darauf gründenden Gerichtsgebrauch, heutiges Tages, dazu schlechterdings verbunden; in soferne anders die durch das Verbrechen des Erblassers verursachten Schäden und Kosten von der hinterlassenen Erbschaftsmasse bestritten, folglich ohne daß die Erben dazu aus eigenen Mitteln Beyträge thun dürften, ersetzet werden können [c]). Hieraus ergiebet sich nun, ohne mein Erinnern, von

a) *L. 7. de condict. furtiu. §. 5. Inst. de Obl. quae ex delict. L. 5. C. si reus, vel accus. L. vn. C. in quant. hered. conuen.* AYRER *Diss. de actionib. ex delict. rei persequutor. aduers. hered. delinquent. in solidum competente, Goet.* 1752.

b) *C. 28. X. de Sentent. excomm. c. 9. X. de vsur. c. fin. X. de Sepultur.*

c) MEV. *P. 5. Dec. 39.* und *P. 6. Dec. 317. n. 5.* THOMAS. *de larua leg. Aquil. detract. §. 31. 59.* BODINVS *de laes. ex delict. defunct. ab hered. praestand.*

von selbst die Folge: Daß auch die Erben eines Stuprators, unter den im Allgemeinen angeführten Einschränkungen, zu der Leistung der Alimente, oder zu der Verpflegung des von jenem ausser der Ehe erzeugten Kindes, schlechterdings gehalten sind, ohne weiter zu unterscheiden, ob ihre Erbfolge in einem Testament, oder vielmehr in der Blutsfreundschaft gegründet sey; ob die Grösse und Beschaffenheit der zu leistenden Alimente, entweder durch gütliche Vereinbarung, oder durch richterliche Entscheidung, bey Lebzeiten des Stuprators bereits festgesetzet, oder vielmehr noch völlig unbestimmt gelassen worden sey [d]). Es würde auch nach unzubezweifelnden Rechtsgrundsätzen die Klage auf Leistung der Alimente, die wider die Erben eines Stuprators angestellet worden, in soferne anders der Grund derselben zu beweisen stünde, dennoch für Rechtsbeständig geachtet werden müssen, wenn gleich bey Lebzeiten des angeblichen Stuprators auf die zu leistende Verpflegung, sowenig gerichtlich, als aussergerichtlich, einige Anträge gemacht seyn sollten [e]), oder auch vielmehr das Verbrechen selbst, was nämlich die Strafe und die öffentliche Genugthuung desselben anbetrift, bereits verjähret seyn mögte; in soferne anders nach gepflogener Unzucht nur nicht volle dreyßig Jahre verflossen seyn

d) BOEHMER *in Iur. Eccl. Protest. Lib. 5. Tit. 16. §. 14.* Eisenhart in den Erzählungen besonderer Rechtshändel im 6ten Theil *n. 4.*

e) C. 5. *X. de raptor. c. vlt. X. de sepultur.*

seyn dürften [f]). Wann demnach der Vater eines Stuprators bewiesenermassen dessen Erbe geworden, auch die Kosten zur Verpflegung des von jenem ausser der Ehe erzeugten Kindes aus der hinterlassenen Erbschaftsmasse würklich bestritten werden können; so leidet die Bejahung der Frage: Ob ein Vater das von seinem Sohn ausser der Ehe erzeugte Kind ernähren und verpflegen müsse? nicht den geringsten Zweifel [g]). Allein, ausser diesem eben angezogenen Fall, da nämlich der Vater zugleich ein Erbe seines Sohnes, der ein uneheliches Kind hinterlassen hat, geworden, ist, allem Ansehen nach, die Meynung derjenigen Rechtslehrer [h]), welche jenen von der Leistung der Alimente freysprechen, mehr gegründet, und fehlet es auch nicht an hinlänglichen Gründen, um solche gehörig rechtfertigen zu können. Denn, da es eine völlig unbestrittene Rechtswahrheit ist: Daß eine jede Verbindlichkeit, die aus einem begangenen Verbrechen erwächset, nur auf diejenigen, die letzteres entweder begangen, oder daran mittelbar, oder unmittelbar einigen Antheil genommen haben, eine Beziehung haben kann [i]); so ergiebet sich auch

 daher

f) Engau von der Verjährung in peinlichen Fällen, Jena 1750. §. 56.

g) Herr Vicekanzler KOCH *Inst. Iur. Crimin.* §. 280. *not.*

h) MENCKEN *de auo paterno ad alimenta nepoti illegitimo praestanda non obligato*, *Lips.* 1712. KNORR *de aliment. a matre liber. praestand.* c. 2. §. 7.

i) *L.* 22. *C. de poen.*

daher von selbst die Folge: Daß, in soferne ein Vater nicht entweder unmittelbar, oder mittelbar, etwa durch eine sträfliche Nachsicht, und einen Mangel der pflichtmäßigen Aufmerksamkeit die Leichtfertigkeit seines Sohnes befördert, oder wenigstens, da er konnte, nicht verhindert haben sollte [k]), derselbe zu der Leistung der Alimente für das von seinem Sohn ausser der Ehe erzeugte Kind, welches jener entweder zu ernähren nicht im Stande ist, oder, welches er auch Hülf- und Vermögenlos verlassen hat, in keine Wege und unter keinen Umständen gehalten sey [l]). Es stehet auch einem solchen Vater rechtlich nicht anzumuthen, die erforderlichen Verpflegungs-Kosten allenfalls von dem, seinem abwesenden, vermögenslosen, oder verstorbenen Sohn, künftig aus der väterlichen Erbschaft gebührenden Pflichttheil zu bestreiten [m]), sintemahl die Frage von dem Pflichttheil,

k) *Arg. L. 18. D. mandat. L. 2. D.* und *L. 4. de noxal. act.*

l) L. 1. C. *ne filius pro patre* v. neque ex ejus filii persona, qui cum sui iuris esset, mutuam pecuniam accepit, pater eius, si non fidem suam obstrinxit, conueniri potest, neque ex eius, quem in potestate habet, si sine iussu eius contractum est: neque, si contra senatus consultum macedonianum mutua pecunia data est, amplius, quam de peculio actionem sustinere cogitur. Quapropter pater tuus, si ei pecunia a creditore fratris tui extorta est, ad quam reddendam non tenebatur, praesidis prouinciae auctoritate eam recuperabit.

m) *Arg. L. 1. §. 21. ad L. falcid. L. 8. C. de inoffic. testam.*

theil, und dem Recht, solchen zu begehren, eigentlich nur allererst nach dem Tode desjenigen, der zur Hinterlassung des Pflichttheils nach den Gesetzen verbunden ist, vorkommen kann [n]).

Gleich nun in der Rechtsgelahrtheit überhaupt nicht viele Grundsätze vorhanden sind, die zu den völlig ausgemachten, allenthalben angenommenen, und von niemand bestrittenen Rechtswahrheiten gehören; so fehlet es auch in dem gegenwärtigen Fall nicht an Vertheidigern der gegenseitigen Meynung. Letztere behaupten dieselben zum theil schlechterdings, zum theil aber unter verschiedenen willkührlich angenommenen Einschränkungen. Diejenigen, welche den Vater eines Stuprators zu den Verpflegungs-Kosten für das von dem letzteren ausser der Ehe erzeugte Kind gehalten wissen wollen, wenn der Stuprator selbst, entweder in vermögenslosen Umständen verstorben, oder abwesend, oder auch sonst bey seiner Armuth nicht im Stande seyn sollte, das von ihm ausser der Ehe erzeugte Kind zu ernähren, pflegen sich gewöhnlich auf verschiedene Stellen des Römischen Rechts [o]) zu berufen. Allein,

n) THOMASIVS *de legitima viuentis.* *de* CRAMER *Tom. 4. Obs. 1226.* SCHORCH *Resp. 100. n. 20.*

o) *Auth. licet patri sine legitima prole C. de natural. lib.* v. licet patri, sine legitima prole, seu parente, cui relinqui necesse est, decedenti, naturalibus totam substantiam suam vel inter viuos largiri, vel in testamento transmittere. Quod si parentes duntaxat ei supersint, legitima parte parentibus relicta

lein, wenn man die letzteren gehörig prüfet; so ergiebet sich, daß solche eigentlich nur von den ehelichen Kindern, die würklich zur Familie gehören, und daher der väterlichen Gewalt unterworfen, zu erklären sind, auf uneheliche Kinder aber, die eigentlich nicht zur Familie gehören, vielmehr als ein Schandfleck derselben anzusehen sind, nicht füglich gezogen werden können [p]). Wenn auch gleich den natürlichen Kindern das Recht der Erbfolge,

relicta reliquum inter naturales distribui permittitur. Ab intestato vero, cum desit soboles ciuilis, nec supersit coniux legitima: si naturales ex concubina exstant, quae sola fuerit ei indubitato affectu coniuncta, in duas paternae substantiae vncias succedant, vt matri inter eos virilis portio, si superest, detur. *Huiusmodi enim naturales filios pasci, boni viri arbitri est necesse, siue legitimi exstant, et succedunt, siue conjuge viua quilibet alii sint heredes.* Hi ergo et parentibus parem praestent, si opus sit, pietatem *L. 5. §. 2. de agnoscend. vel alend. lib.* v. vtrum autem tantum patrem, auumque paternum, proauumque paterni aui patrem, caeterosque virilis sexus parentes alere cogantur, an vero etiam matrem, caeterosque parentes et per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum? Et magis est, vt vtrobique se iudex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam aegritudini, *et cum ex aequitate haec res descendat, caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere Iudicem oportet. L. 8. D. eod.* v. Non quemadmodum masculorum liberorum nostrorum liberi ad nostrum onus pertinent, ita et in feminis est. Nam manifestum est, id, quod filia parit, non auo, sed patri suo esse oneri, nisi pater aut non sit superstes, aut egens est.

p) BOEHMER *in Iur. Eccles. Protest. Lib. 5. Tit. 16. §. 14.*

folge, in soferne solche sich auf dem letzten Willen ihres Vaters gründet, oder auch sonst die in den Gesetzen selbst festgesetzten Umstände und Einschränkungen vorhanden sind, nicht bestritten werden kann [q]; so läßt sich gleichwohl daher auf die Verbindlichkeit des Vaters, das uneheliche Kind seines Sohnes in Subsidium verpflegen zu müssen, kein gültiger Schluß machen. Dasjenige auch, was in den angeführten Gesetzen von der Billigkeit und der Charitate sanguinis gegen natürliche Kinder vorkommt, kann um so weniger auf den Großvater unehelicher Kinder angewandt werden, als es an und für sich in aller Absicht, und der Aehnlichkeit des Rechts zuwider ist, daß ein Vater durch die Missethat seines Sohnes, zu deren Entstehung er gleichwohl sowenig mittelbar, als unmittelbar etwas beygetragen hat, belästiget und in Schaden gesetzet werden solle [r]). Ob nun zwar diejenige Meynung, daß ein Vater zu der Verpflegung des von seinem Sohn ausser der Ehe erzeugten Kindes, und zur Bezahlung der deshalb nöthig werdenden Kosten verbunden sey, aus den Gesetzen nicht zu beweisen stehet; so wird dieselbe gleichwohl von verschiedenen Rechtlehrern [s]) vertheidiget, und daß damit der

q) *Auth. licet patri sine legitima prole C. de natural. Lib.*

r) S. F. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 68. Obs. 12.*

s) CARPZOV. *in Iurispr. Consist. 11. Def. 243.* STRYCK *ad* BRVNNEMANNI *Ius Eccl. Protest. L. 2. c. 18. 28.* RÜDINGER *de auo paterno ad aliment. nepot. illegit. praestand. obstrict.: Erford. 1729.*

der Gerichtsgebrauch übereinstimme, von verschiedenen bezeuget [t]).

Andere Rechtslehrer sprechen zwar den Vater eines Stuprators von der Verbindlichkeit zur Verpflegung des von dem letzteren erzeugten Kindes überhaupt, und der Regel nach, frey, zumahl wenn die Geschwächte geständlicher, oder bewiesenermassen zu eben derselben, oder wenigstens, allem Ansehen nach, fast zu einer gleichen Zeit mit mehreren in Unzucht gelebet haben sollte [u]); sie wollen aber gleichwohl, daß wenigstens sodann ein Vater zu der Verpflegung des von seinem Sohn ausser der Ehe erzeugten Kindes verbunden sey, wenn die Mutter desselben, oder wenigstens deren Aeltern nicht mehr vorhanden, oder auch sowenig diese, als jene die Kosten, welche die Verpflegung erfordert, bey ihrer Armuth bestreiten können [x]). Die Gründe derjenigen

t) WERNHER *P. 1. Obs. 134.* MEISTER *in Princip. Iur. Crimin. c. 40. §. 6. not. a.* KOCH *Institut. Iur. Crimin. §. 280.*

u) STRUV *Iurispr. Rom. German. forens. Lib. 1. Tit. 15. §. ult.* WERNHER *P. 6. Obs. 395.*

x) WERNHER *P. 1. Obs. 134.* BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l.* Diejenigen, welche dem Vater dies Verbindlichkeit, seines Sohns uneheliche Kinder in Subsidium zu ernähren, auflegen, pflegen gleichwohl desselben eigenen Wahl die Bestimmung, ob er eine gewisse Summe Geldes zu der Verpflegung solcher Kinder aussetzen, oder sie vielmehr zu sich ins Haus nehmen, und ihre Verpflegung solchergestalt unmittelbar besorgen wolle, zu überlassen. BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 3. Tit. 11. Th. 4. n. 7.*

gen Rechtslehrer inzwischen, welche dem Vater die Verpflegung des von seinem Sohn ausser der Ehe erzeugten Kindes, nur in Subsidium, und in Ermangelung der Mutter, und eines derselben zuständigen Vermögens, auflegen, sind besonders die nachfolgenden: Die Mutter sey nämlich wegen der Erzeugung ihres Kindes zu dessen Verpflegung unmittelbar, der Großvater desselben aber dazu nur mittelbar, und in Subsidium verpflichtet y). Ueberdieß sey auch die, nur im Fall der Noth einem Vater aufliegende Verbindlichkeit, das von seinem Sohn ausser der Ehe erzeugte Kind zu ernähren, und solchergestalt die Folgen der Missethat, die von jenem begangen worden, zu tragen, so viel immer möglich, einzuschränken, und daher nur sodann, wenn die leiblichen Aeltern bey ihrer Armuth die Verpflegung nicht unmittelbar übernehmen können, zu behaupten. Endlich sey es auch in aller Absicht für unbillig anzusehen, wenn man dem Vater eines Stuprators die Verpflegung des von dem leztern erzeugten Kindes aufdringen wollte, da gleichwohl die leibliche Mutter dazu im Stande wäre, bevorab, nach Vorschrift der Rechte, das von einem emancipirten Sohn erzeugte Kind nicht sowohl von seinem Großvater, als vielmehr, in Ermangelung des Vaters, von seiner Mutter ernähret werden müsse z).

Noch

y) *L. vn. C. diuort. fact. apud quem lib. cap. 5. X. de eo qui dux.*

z) *L. 5. §. 1. 2.* und *L. fin. de agnoscend. vel alend. lib.*

Noch andere Rechtslehrer lassen es zwar bey dem Grundsatz: Daß in Ermangelung des Stuprators, vor allen andern die leibliche Mutter zur Ernährung und Verpflegung ihres unehelichen Kindes gehalten sey, bewenden; sie behaupten aber auch zugleich, daß, bey der vorhandenen Armuth und Mittellosigkeit der Mutter, die Verpflegung eines ausser der Ehe erzeugten Kindes, sowohl dem Großvater väterlicher als mütterlicher Seite gebühre, weil nämlich der Grund der Verbindlichkeit, die ausser der Ehe erzeugten Enkel zu ernähren, in der Blutsverwandschaft, die bey beyden Großvätern, sowohl von väterlicher als mütterlicher Seite, in gleicher Maaße vorhanden, zu setzen sey, die besondere Verbindlichkeit des Großvaters väterlicher Seite aber zu Ernährung seiner Enkel, nur eigentlich bey ehelich gebohrnen Kindern platzgreiflich werden könne [aa]). Sowenig nun zwar der Satz: Daß der Vater einer geschwächten Person in Subsidium zu der Verpflegung ihres ausser der Ehe erzeugten Kindes gehalten sey, gegründeten Einwürfen unterworfen seyn kann, weil er selbst in den Gesetzen seine Bestättigung findet [bb]); so ist es gleichwohl derjenige in keine Wege, daß, in Ermangelung der leiblichen Aeltern eines ausser der Ehe erzeugten Kindes, auch den Großältern väterlicher Seite die Verpflegung, wenigstens zum theil zur Last falle.

aa) BOEHMER *in Iur. Eccleſ. Proteſt. Lib. 5. Tit. 16. §. 14.*

bb) *Cit. L. 8. D. de agnoſcend. vel alend. liber.*

falle. Denn, da es hierunter an ausdrücklichen gesetzlichen Bestättigungen, vermöge desjenigen, was bereits mit mehrerem angeführet worden, ermangelt, oder doch wenigstens die gesetzlichen Stellen dasjenige nicht deutlich enthalten, was man aus ihnen gleichwohl herzuleiten suchet; so ist es auch, meinem Bedünken nach, bey demjenigen Grundsatz, nach welchem ein Vater überhaupt nicht verbunden ist, die durch die Missethaten seiner Kinder gewirkten Schäden und Kosten zu ersetzen cc), billig auch in dem gegenwärtigen Fall schlechterdings zu lassen. So sehr man sich nun gleichwohl zur Vertheidigung des Satzes: Daß ein Vater das von seinem Sohn ausser der Ehe erzeugte Kind ernähren müsse, auf eine anscheinende Billigkeit gewöhnlich zu berufen pfleget; so sehr nachtheilig ist gleichwohl die Anwendung jenes Satzes den guten Sitten. Denn, kann sich eine liederliche und dabey mittellose Weibsperson versichert halten, daß, ohngeachtet ihrer eigenen und ihres Liebhabers dürftigen Umstände, die Aeltern des letzteren, die Früchte ihrer gesetzwidrigen und schamlosen Aufführung sogar zu ernähren verbunden sind; so muß nothwendig eine unzüchtige Lebensart sich noch mehr verbreiten, indem nun

cc) *L. 22. C. de poen. v.* Sancimus, ibi esse poenam, vbi et noxia est. Propinquos, notos, familiares procul a calumnia submouebimus, quos reos sceleris societas non facit. Nec enim affinitas, vel amicitia nefarium crimen admittunt. *Peccata igitur suos teneant auctores, nec vlterius progrediatur metus, quam reperiatur delictum.* Hoc singulis quibusque iudicibus intimetur *add. L. 1. C. ne fil. pro patre.*

nun auch die Furcht für die Schwierigkeit und Mühseligkeit, uneheliche Kinder zu ernähren, dahin fällt, folglich die Anreizung zu ungezähmten Ausschweifungen, zumahl bey einer Weibsperson, die jenen schon ohnehin ergeben ist, um desto stärker werden muß.

Vermöge dieser Gründe finde ich billig bedenken, den angeblichen Gerichtsgebrauch, daß ein Vater das von seinem Sohn ausser der Ehe erzeugte Kind zu ernähren verbunden sey, zu vertheidigen; vielmehr halte ich mich davon völlig überzeuget, daß er einer richtigen Erklärung der Gesetze, und der Aehnlichkeit des Rechts in keine Wege gemäß, und daher nicht anzunehmen sey. Daß auch billig dieselbigen Grundsätze, die bey dem Vater des Stuprators gelten, auch auf dessen Mutter anzuwenden sind, und daß demnach die letztere eben sowenig zu der Ernährung des von ihrem Sohn ausser der Ehe erzeugten Kindes verbunden sey, erhellet aus den bisher angeführten Grundsätzen zur Genüge. Gegentheils aber läßt sich nun aus demjenigen, was bisher weiter von mir an- und ausgeführet worden, die allgemeine Folge ziehen, daß in Ermangelung des Stuprators, und des von demselben hinterlassenen Vermögens, oder bey dessen Mittellosigkeit, da er gleichwohl gegenwärtig ist, die Mutter des unehelichen Kindes lediglich und allein zu dessen Verpflegung verbunden sey [dd].

Würde

dd) In dem Fall, da der Stuprator bey seinen eigenen dürftigen Umständen, ohne selbst an den zur Er-

Würde aber die letztere entweder nicht vorhanden seyn, oder auch wegen ihrer Armuth die Verpflegung ihres ausser der Ehe erzeugten Kindes nicht übernehmen können; so fallt solche lediglich den Eltern der geschwächten Person, oder vielmehr ihrem Vater, zur Last ee). In Ermangelung des letzteren, oder bey dessen eigenen Armuth, muß, meinem wenigen Ermessen nach, eines jeden Orts Obrigkeit, welcher die peinliche Gerichtsbarkeit zustehet; in soferne anders die Gemeinde des Orts, bewiesenermassen, nicht zur Leistung einiges Beytrages verbunden seyn mögte, oder sonst hierunter durch besondere Landesgesetze nicht etwas Näheres bestimmet seyn sollte, die Verpflegung der in ihrem Gerichtssprengel gebohrnen unehelichen Kinder übernehmen.

Die Ausnahme von den bisher angeführten Grundsätzen, oder, der Fall, da der Vater eines Stuprators zu der Verpflegung des von seinem Sohn ausser der Ehe erzeugten Kindes gehalten wird, bestehet, meinem Bedünken nach, darin, wann entweder derselbe nicht abzuleugnen begehret,

Erhaltung des menschlichen Lebens nothwendigen Dingen Mangel zu leiden, die Kosten zu der Verpflegung seines ausser der Ehe erzeugten Kindes nicht übernehmen kann, so muß dessen Mutter, deren Umstände es verstatten, das ganze onus alendi allein übernehmen. *Arg. L. 19. de re iud. L 6. de in Ius voc.* WERNHER *Suppl. ad P. 7. Obs. 85. n. 85. sqq.*, wie auch *in Diss. de benef. competent. cap. 3. Th. 2. n. 84.*

ee) *L. 8. de agnoscend. vel alend. liber.*

ret, oder auch davon in den verhandelten Acten ein rechtlicher Beweis vorhanden ist, daß er seinen Sohn zur Vollbringung seiner Ausschweifungen, wo nicht gar angereizet habe, oder sonst dazu behülflich gewesen sey, doch wenigstens dieses ausser Streit gesetzet ist, daß er seinen Obliegenheiten zuwider das liederliche Leben seines Sohnes, da er gleichwohl genugsame Wissenschaft davon gehabt, nicht zu steuren gesuchet habe. Unter solchen Umständen hat es, meinem Ermessen nach, keinen Zweifel, daß der Vater eines Stuprators, der sich eines, oder das andere von dem Vorstehenden zu Schulden kommen lassen, sowohl zu der Verpflegung des von seinem Sohn ausser der Ehe erzeugten Kindes, als zu den anderweitigen aus desselben unzüchtigen Lebensart erwachsenen Verbindlichkeiten; in soferne der letztere solche selbst zu erfüllen nicht im Stande seyn mögte, in Subsidium gehalten werde[ff]); und überdieß wegen der gröblichen Hindansetzung seiner väterlichen Pflichten nach richterlichem Ermessen bestrafet werden könne und müsse[gg]).

ff) *Arg. L. 1. de condict. furtiu. L. 11. §. 2. ad L. Aquil. L. 18. D. mandati L. 2. D.* und *L. 4. C. de noxal. act.* GEBAUER *de imputat. fact. alien. §. 7.*

gg) Meine Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Zwote Auflage §. 517.

VI. Ob

VI.

Ob und in wieferne ein Advocat befugt sey, in seiner eigenen Sache sich ein Honorarium zuzueignen?

Wann das Zeugniß der mehrsten Rechtslehrer, zumahl, wenn damit sogar die Praxis der höchsten Reichsgerichte übereinstimmet, die Richtigkeit eines Rechts-Satzes zur Genüge beweiset, so scheinet es, daß die aufgeworfene Frage, wo nicht gänzlich verneinet, doch wenigstens nur unter verschiedenen Einschränkungen bejaet werden könne. Diejenigen, die der Regel nach das erstere wollen [a]), pflegen sich auf verschiedene gesetzliche Stellen [b]) zur Begründung ihrer Behauptung zu berufen, und sie wollen in Gemäßheit derselben, daß einem Advocaten in seiner eigenen Sache nicht einmahl freystehen könne, diejenigen Kosten, die er gleichwohl, wenn er den Proceß nicht selber geführet, einem Procurator hätte geben müssen, in Anrechnung zu bringen [c]). Allein, dieses allen ohngeachtet pflegen gleichwohl diejenigen Rechtslehrer, welche der Regel nach die

a) MENOCH *de arb. Iud. Quaest. L. 2. Cent. 2. Cas. 154. n. 4. seq.* BERLICH *P. 1. Concl. 72. n. 51.* CARPZOV. *P. 1. Const. 31. Def. 12.* WERNH. *P. 6. Obs. 279.*

b) *L. 28. D. locati. L. 6. C. de fructib. et lit. expens.*

c) MYNSINGER *Cent. 1. Obs. 2.*

die aufgeworfene Frage verneinen, verschiedene Einschränkungen zu machen. Denn, fast alle kommen darin überein [d]), daß es einem Advocaten in seiner eigenen Sache sodann, wenn der Gegentheil in die Kosten verurtheilet wird, freystehen müsse, ausser seinem baaren Verlag, ein Honorarium rechtlich zu verlangen, wenn er anders zu beweisen im Stande sey, daß er die auf den Proceß in seiner eigenen Sache verwandte Zeit andern Arbeiten habe entziehen müssen, folglich durch eine solche Versäumniß, da er gleichwohl vom Advociren habe leben müssen, in Schaden gesetzet worden [e]). Weil daher nach der angenommenen Meynung ein Advocat, der in seiner eigenen Sache von dem Gegentheil seine Mühwaltung bezahlet zu haben verlanget, beweisen, oder wenigstens eydlich erhärten muß, daß er durch die Versäumniß so viel, als er wieder ersetzet zu haben begehret, Schaden gelitten habe, so geben verschiedene Rechtslehrer, da es nicht allein an sich schwer ist, von einem angeblichen Interesse den Beweis zu führen, sondern auch selten etwas Ergiebiges erhalten zu werden pfleget, den Rath, daß man in seiner eigenen Sache entweder einen andern Advocaten gebrauchen, oder wenigstens die gerichtlichen Eingaben von einem andern Sachwalde unterschreiben lassen möge [f]). Die weiteren

d) CARPZOV. *c. l. Def. 13.* GAIL *Lib. 1. Obs. 131. n. 16.* WERNHER *c. l.*

e) *Arg. L. 11. §. 1. ad exhibend. L. 7. testament. quemadm. aper. L. 19. C. de testib.*

f) BERGER *in Oecon. Iur. Lib. 4. Tit. 8. Th. 3. n. 6.* WERNHER *c. l.*

ren Einschränkungen, die inzwischen der Satz, daß ein Advocat in seiner eigenen Sache seine Mühwaltung nicht bezahlet erhalte, nach der Meynung der mehrsten Rechtslehrer zuläßt, sind annoch besonders folgende: Wann nämlich entweder der Proceß von einer besonderen Wichtigkeit und Umfange, der nach Maaßgabe der Acten vielen Fleiß, Zeit und Versäumniß erfodert hat, seyn sollte [g]; oder auch die Sache, warum der Proceß geführet worden, nicht lediglich und allein die Advocaten, sondern auch zugleich etwa seinen Miterben, oder Mitkläger oder Mitbeklagten betroffen haben mögte. Denn in diesem letzteren Fall stehet es nach dem Zeugniß der angeführten Rechtslehrer dem Advocaten frey, wenigstens soviel von dem Mitkläger, oder Mitbeklagten zu verlangen, als derselbe auf seinem Antheil einem jeden andern Advocaten für die Betreibung der Sache hätte bezahlen müssen [h].

Obgleich auch der Regel nach ein Vormund für seine Mühwaltung keine Belohnung oder Vergeltung zu fordern berechtiget ist, so hat es dennoch keinen Zweifel, daß ein Advocat für die seinem Pflegbefohlnen aduocando geleisteten Dienste sich mit Recht ein verhältnißmäßiges Honorarium anmassen könne [i].

Ob nun zwar die Anzahl derjenigen Rechtslehrer, die einem Advocaten in seiner eigenen Sa-

 che,

g) GAIL *c. l. n. 19.*

h) MYNSINGER *c. l.* CARPZOV. *c. l.*

i) SCHORCH *Resp. 177. n. 26.*

che, und wenn nicht eine oder andere, von den angezogenen Einschränkungen vorhanden seyn sollte, überhaupt das Recht einräumen, ausser dem baaren Verlag auch ein Honorarium zu begehren, nur geringe ist [k]); so ist gleichwohl an sich derselben Meynung keinem erheblichen Zweifel unterworfen. Denn einmahl enthält der zum Beweis des Gegensatzes angeführte *L. 28. D. Locati* nichts zur Sache gehöriges, und zweytens kann der *L. 6. C. de fructib et lit. expens.*, da er eines Theils lediglich vom peinlichen Anklags-Proceß redet [l]), auf blosse Civilfälle keine Anwendung leiden. Hienächst ergiebet der Augenschein, daß er dasjenige, was er gleichwohl eigentlich beweisen soll, nicht beweise. Weil auch die Gesetze einem Advocaten, ohne das besondere Verhältniß

k) FABR. *ad* GAIL *Lib. 1. Obs. 151.* SCHÖPFER *Tit. de postuland. n. 17.* VOET. *Comm. ad Pandect. Lib. 3. Tit. 1. §. 7.*

l) Cum quidam per leges sacrasque constitutiones, alii per speciales largitates sibi praestita priuilegia praetendunt, tam super sportulis pro conuentionibus vsque ad certam quantitatem praebendis, quam super expensis litium vel minuendis, vel penitus non agnoscendis: per hanc legem decernimus, vt, quicunque huiusmodi priuilegio munitus est, vel postea talem praerogatiuam quolibet modo meruerit, sciat et si quos ipse, vtpote ob noxios sibi pro quacunque criminali vel ciuili caussa constitutos in accusationem deduxerit, hos nihilominus hisdem priuilegiis potituros: quoniam non est ferendum, eos, qui praefatas praerogatiuas (vt iam ante latum est) praetendunt, aliquid plus ab aduersariis suis quaerere concedi, quam ipsi

hältniß desselben in Betracht zu ziehen, und ohne zu unterscheiden, ob er die ihm aufgetragene Sache gewinne, oder verliere, überhaupt erlauben, für seine Mühwaltung eine Vergütung zu verlangen [m]), so läßt sich auch um deswillen keine Ausnahme in dem angezogenen Fall, da ein Advocat seine eigene Sache betreibet, behaupten. Ueberdieß ist die Erstattung aller Kosten eine in den Gesetzen begründete poena temere litigantium, deren Grund, ohne zu unterscheiden, ob der Advocat seine eigene, oder eine fremde Sache führe, anwendlich ist [n]), und bey der es auch um so mehr zu lassen, als die Kosten-Ersetzung heutiges Tages fast das einzige Mittel ist, um streitsüchtige Leute von unnützen und schädlichen Processen abzuhalten [o]). Ob es nun zwar einem Advocaten, der seine eigene streitige Sache führet, nicht leicht schwer seyn kann, wenigstens einige Versäumniß, die er in gerichtlicher Betreibung seiner eigenen Angelegenheiten gelitten hat, anzu-

ipsi ab aliis pulsati facere patiantur: ita scilicet, vt haec quidem forma modis omnibus obseruetur super priuilegiis per liberalitates, vel generaliter quibusdam officiis, aut scholiis seu dignitatibus, vel specialiter certis personis praestitis, vel postea praebendis: siue hoc ipsum expressim principalibus dispositionibus, vel affatibus insertum, siue praetermissum sit, vel fuerit.

m) *L. 1. §. 10. L. 12. de extraord. Cognit. L. 4. D. eod.*

n) VOET. *c. l. Lib. 3. Tit. 1. §. 7.*

o) LVDOVICI *de expens. litis actori a reo subministrand. Hal. 1739.*

führen und zu bescheinigen; so ist gleichwohl meinem Bedünken nach eine solche Bescheinigung der Versäumniß nicht erforderlich, vielmehr ohne Unterscheid ein jeder Advocat in dem Fall, da der Gegentheil in die Kosten verurtheilet worden, befugt, ausser dem baaren Verlag eine Vergütung seiner gehabten Mühe und Arbeit, so hoch solche nach richterlichem Ermessen bestimmet wird, in seinen eigenen Angelegenheiten zu verlangen. Es hat auch hiebey billig der Regel nach das Bewenden, ohne darauf weiter zu sehen, ob die Sache, worin jemand sein eigner Sachwald gewesen, von grosser, oder von minderer Beträchtlichkeit gewesen sey, ob sie viele Zeit und viele Mühe erfordert habe, oder nicht, ob der Proceß lediglich in der Absicht, um jemand zur Bezahlung des rückständigen Honorariums anzuhalten, oder aus andern Ursachen geführet worden, ob ein solcher Advocat seine Versäumniß oder sein Interesse zu beweisen im Stande sey, oder nicht. Es ist inzwischen nicht zu leugnen, daß nach dem Gerichtsgebrauch auf diese Umstände, wo nicht ganz, doch wenigstens zum Theil vieler Betracht genommen werde, welches selbst diejenigen Rechtslehrer, die der gegenseitigen Meynung zugethan sind, zugeben, so wenig sich auch davon ein den Gesetzen, oder der Aenlichkeit des Rechts, angemessener Grund angeben läßt.

VII. Von

VII.

Von den vorzüglichsten alten deutschen Gewohnheiten, auf welche in der peinlichen Gerichts-Ordnung Beziehung gemacht wird, und von deren heutigen Anwendung.

Eine geringe Aufmerksamkeit ergiebet, daß der Kaiser Karl der Fünfte an vielen Stellen der peinlichen Gerichts-Ordnung die alten Gewohnheiten der Deutschen, sowohl in der Bestrafung der Missethaten, als in der Bestimmung ihrer Natur und Eigenschaften, und selbst zum Theil in der Verfahrungs-Art sich zum Augenmerk gesetzet habe. Ob nun zwar die vorzüglichsten Ausleger der peinlichen Gerichts-Ordnung letzteres nicht unangemerket lassen, so halte ich doch dafür, daß eine etwas vollständigere Anführung derjenigen Fälle, da in jener peinlichen Gerichts-Ordnung auf deutsche Gewohnheiten Bezug gemacht wird, nebst der Bemerkung der heutigen Anwendung derselben, nicht ohne Nutzen seyn könne. Ich will mich bemühen, wenigstens die vornehmsten Stellen der peinlichen Gerichts-Ordnung, wo die Gewohnheiten der alten Deutschen zum Grunde geleget werden, anzuführen, auch ob und in wieferne damit der heutige Gebrauch übereinstimme, anzumerken *).

 Eine

*) Den Nutzen der alten deutschen Gewohnheiten zur Erklärung der heutigen Gesetze und Gebräuche in pein-

Eine solche Bemühung kann wenigstens Anfängern dazu dienen, daß sie nicht bey dem blossen Buchstaben der Gesetze stehen bleiben, vielmehr in ihren Grund und Ursache eindringen, und dadurch ihre Anwendung am richtigsten beurtheilen können, so gerne ich sonst zugebe, daß diese Materie in ihrem ganzen Umfange sich in wenigen Bögen nicht erschöpfen lasse.

Gleich in dem ersten Artikel befiehlet der Kaiser, daß die von Adel und andere, die eigener Person und Amts halber in den Blutgerichten sitzen müssen, sich derselben nicht aus dem irrigen Wahn, daß solches ihrem Stande nachtheilig sey, entziehen sollen, und diesen Vorschriften gemäß ordnet der zwote Artikel insbesondere, daß alle diejenigen, denen ihrer Güther wegen die peinlichen Gerichte zustehen, solche allemahl in eigener Person verwalten sollen, in soferne sie daran nicht durch gewisse Mängel und Gebrechen ihres Geistes oder ihres Körpers verhindert werden mögten. Daß aber bey diesen Verfügungen vorzüglich auf die alten Gewohnheiten der Deutschen gesehen werde, ergiebet sich daher von selbst, weil nach jenen die Hegung der Blutgerichte andern niemahl überlassen

peinlichen Fällen ohne besondere, oder wenigstens vollständige Beziehung auf die peinliche Gerichts-Ordnung habe ich in dem Entwurf von dem Nutzen der alten deutschen Gewohnheiten in peinlichen Fällen zur Erklärung unserer heutigen peinlichen Gesetze und Gebräuche, Bützow und Wismar 1768. gleichsam Auszugsweise zu zeigen, mich bemühet.

sen werden konnte, vielmehr von dem ordentlichen Richter in eigener Person verwaltet werden mußte. Ueberdieß wurde die Hegung der Blutgerichte bey unsern alten Vorfahren zu den größten Vorzügen gerechnet [b]), deren sich selbst Könige und Fürsten nicht entzogen [c]). Bey den Franken und Sachsen pflegte man gewöhnlich nur diejenigen zu Freygrafen zu erwählen, mithin zum Richteramt zuzulassen, die von höheren Adel waren [d]). Nicht einmahl zu dem Amt eines Schöpfen in den peinlichen Gerichten pflegte man andere, als die vom Adel und Schöppenbarfreye waren, zu erwählen [e]). Die vornehmsten Ursachen, warum in den folgenden Zeiten die vom Adel und andere Standespersonen sich der Sitzung in den Blutgerichten entzogen haben, sind von verschiedenen berühmten Rechtslehrern bereits zur Genüge untersuchet und entwickelt worden [f]). Die Mißbräuche in den sogenannten Fehmgerichten, besonders aber auch die Grundsätze des in Deutschland eingeführten Canonischen Rechts, und die geschehene Beförderung solcher Personen zum Richteramt, die nicht im mindesten in Ansehen, vielmehr vom niedrigsten

b) KRESS *de var. Iurisdict. in German. gener. Obs. 4. §. 4.*

c) SCHOTTEL *de antiquis in German Iurib. p. 571.* ENGAV *in Element. Iur. Crimin. Lib. 2. Tit. 2. §. 20.*

d) *de* CRAMER *de nobilitat. auit. c. 5.*

e) KRESS *ad art. 1. CC. §. 7.* BRVMMER *de Scabin. med. aeu. et recent. Lips. 1712.*

f) KRESS *c. l. §. 1.*

sten Stande waren, haben dazu wohl ohnstreitig gar viel beygetragen [g]). Ob nun zwar nach der peinlichen Gerichts-Ordnung diejenigen, denen ihrer Güter wegen der peinliche Gerichtszwang zustehet, solche nur unter verschiedenen Einschränkungen von andern verwalten lassen können [h]); so hat es gleichwohl nach dem heutigen Gerichtsgebrauch nicht den mindesten Zweifel, daß auch selbst bey einem etwanigen Mangel solcher Einschränkungen ihnen solches frey stehe [i]). Da diese Grundsätze heutiges Tages allenthalben in den Gerichten angenommen worden, mithin für deren Anwendung die Vermuthung vorwaltet; so bedarf der Grund-Gerichtsherr, um seine peinliche Gerichtsbarkeit durch andere in seinem Nahmen ausüben zu lassen, in Ermangelung einer entgegenstehenden und genugsam bewiesenen Observanz, nicht einmahl einer besonderen Landesherrlichen Vergünstigung [k]).

Da nach dem Römischen Recht die Gerichtsbarkeit niemahl auf die Erben gehen konnte [l]); so hat es nicht den mindesten Zweifel, daß die heutige

g) *de* BOEHMER *ad art. 1. CC. §. 10.*

h) Art. 2. P. G. O.

i) WERNHER *P. 3. Obs. 170.* GRAMS *de femina Iurisdict. patrimon. habente, Alt. 1706.*

k) *de* BOEHMER *ad art. 2. CC. §. 1.* In Mecklenburg ist es insbesondere eine selbst durch Landesgesetze beståttigte Gewohnheit, daß die Landbegüthertên ihren habenden peinlichen Gerichtszwang durch andere verwalten lassen können, s. den Landesgrundgesetzlichen Erbvergleich §. 425.

l) LEYSER *Spec. 29. n. 4.*

tige Grundgerichtsbarkeit, man mag auch übrigens die Ursache derselben setzen, worin man will [m]), gleichwohl deutschen Ursprungs sey, und daß folglich der Kaiser, da er den peinlichen Gerichtszwang der Güther wegen ausdrücklich bestätiget [n]), nicht sowohl eigentlich auf die Grundsätze des Römischen Rechts, als auf die zu der Zeit bereits vorhandene Gewohnheit in Deutschland, nach welchem der Gerichtszwang der Güther wegen nicht mehr bezweifelt wurde, gesehen habe [o]).

Wann der Kaiser Karl der Fünfte sowohl Richter als Schöpfen vor ihrer Amtsverrichtung in peinlichen Fällen förmlich beeydiget wissen will [p]); so ist der Grund davon nicht sowohl lediglich im Römischen Recht [q]), als vielmehr auch in den alten Gewohnheiten der Deutschen zu finden. Letztere nämlich hielten es nicht allein für nothwendig, die Richter und Urtheiler bey der Uebernahme ihres Amts zu vereyden, sondern sie pflegten dieselben sogar in einzelnen Fällen zu einer unpartheyischen Justitzpflege durch förmliche

Eyd-

m) KRESS *de var. Iurisdict. criminal. in German. gener. c. 2. Obs. 5. §. 6.* Meister in dem peinlichen Proceß im ersten Abschnitt, im eilften Hauptstück §. 9.

n) Art. 2. P. G. O.

o) HEINECCIVS *de Orig. atque indole Iurisdict. patrimon.* de LVDWIG *de praediator. Iurisdict. Nobil.* LEYSER *c. l.* Meister a. O.

p) Art. 3. und 4. P. G. O.

q) *L. 14. C. de Iudic.*

Eydschwühre zu verpflichten [r]). Der heutige Gerichtsgebrauch stimmet mit demjenigen, was die peinliche Gerichts-Ordnung hierinnen vorschreibet, nicht durchgängig überein. Denn, so werden die Grund-Gerichtsherren, wenn sie gleich den peinlichen Gerichtszwang in Person verwalten sollten, nicht vereydet, noch weniger stehet ihnen anzumuthen, bey einzelnen Vorkommenheiten einen besonderen Eyd zu leisten. Es pflegen auch solche Richter, die entweder bey dem Antritt ihres Richteramts in Eyd und Pflicht genommen worden, oder, die auch durch die Leistung des Doctor- oder Advocaten Eydes die Handhabung und Beförderung der Gerechtigkeit überhaupt versprochen haben, nicht auf jeden einzelnen Fall besonders vereydet zu werden [s]). Ob nun zwar in Ermangelung der bisher angeführten Ausnahmen, es bey der vorgeschriebenen förmlichen Vereydung der peinlichen Richter das Bewenden behält, so pfleget man gleichwohl dasjenige Formular des Eydes, welches die peinliche Gerichts-Ordnung vorschreibet, nicht eben wörtlich beyzubehalten, vielmehr solches den vorkommenden Umständen gemäß einzurichten. Es ist auch selbst bey der wörtlichen Beybehaltung für einen allgemeinen Grundsatz billig anzunehmen, daß sich der Eyd dennoch auf die Landesrechte und Gewohnheiten eines jeden Orts insbesondere beziehen müsse. Weil auch die

Schöpfen,

r) DREYER *de vsu genuin. Angl. Saxon. Iur. p. 195. de* BOEHMER *ad art. 3. CC. §. 1.*

s) Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Zwote Auflage, §. 539.

Schöpfen, oder Beysitzer in den Patrimonial- und Amtsgerichten gewöhnlich kein öffentliches Amt bekleiden, vielmehr von dem Richter in vorkommenden Fällen besonders bestellet zu werden pflegen, so dürfen sie unter solchen Umständen denjenigen Eyd nicht leisten, welchen die peinliche Gerichts-Ordnung in Absicht solcher Schöpfen, die zugleich in peinlichen Fällen als eigentliche Urtheiler anzusehen sind, insbesondere vorschreibet [t]).

Wann nach der ausdrücklichen Vorschrift der peinlichen Gerichts-Ordnung alle Criminal-Gerichte mit Richtern und Urtheilern, oder Schöpfen besetzet seyn [u]), auch letztere auf eine gesetzmässige Führung ihres Amts insbesondere beeydiget werden sollen [x]), so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß Kaiser Karl der Fünfte dadurch eine alte Gewohnheit, die in den deutschen Gerichten ehemahl üblich war, bestättiget habe. Obzwar die sogenannten Schöpfen bey den alten Deutschen dem Richter in der Fällung, oder Findung der Urthel behülflich seyn mußten und eben daher **Urtheilfinder**, oder **Schöpfen** genannt wurden, weil der Richter nach dem Rath und Erachten der Schöpfen sich sowohl in seinem Verfahren wider den Angeschuldigten richten, als auch die Strafe des begangenen Verbrechens bestimmen mußte [y]); so sind gleichwohl die heutigen Beysitzer

t) *de* BOEHMER *ad art. 3.* C. C. C.

u) Art. 1. P. G. O.

x) Art. 2. P. G. O.

y) BRUMMER *de Scabin. med. aeu. et recent. Lips.* 1712.

sitzer in den Blutgerichten mit den ehemahligen Schöpfen bey den alten Deutschen in keine Vergleichung zu setzen. Denn, wenn gleich die heutigen Beysitzer in den Amts- und Stadtgerichten nach der Regel auch in peinlichen Fällen eine Stimme haben, so stehet ihnen gleichwohl in keine Wege die würkliche Entscheidung eigentlicher peinlicher Fälle zu, indem die Amts- und Stadtgerichte vielmehr angewiesen sind, jene entweder ihrem vorgesetzten Obergericht, oder ganzen Rechts-Collegien, zu überlassen [z]). Wann vormahl zu dem Schöpfenamt nur angesehene Personen, die vom ritterschaftlichen Stande waren, und die sich durch Alter und Erfahrung vor andern insbesondere auszeichneten, zugelassen wurden [a]), so siehet man heutiges Tages, besonders in den Niedergerichten, nicht mehr auf den Stand der Beysitzer, indem auf dem Lande bisweilen sogar geringe Bauersleute die Stellen der Beysitzer zu vertreten pflegen. Die Schöpfen bey den alten Deutschen wurden anfänglich förmlich gewählet, nachhin aber von dem Könige, oder dessen Abgeordneten, eingesetzet [b]). Die heutigen Beysitzer

1712. Meister in dem peinl. Proceß im ersten Abschnitt, im 4ten Hauptstück §. 8.

z) Art. 7. 91. 146. 147. 150. 161. 219. P. G. O.

a) HEINECCIUS *in Element. Iur. German. Lib. 1.* §. *74. 109.* und *Lib. 3.* §. *19.* Struben in den Nebenstunden *T. 1.* S. 131. *de* SELCHOW *de Iurib. ex stat. ingen. in German. pendent. c. 2.* §. *42. p. 129.* BRUMMER *c. l. c. 7.* §. *6.*

b) MEINDERS *de Iudic. centenar. p. 63.* HOFFMANN

sitzer werden in den Patrimonial-Gerichten von dem Grundgerichts-Herrn, in den Amts- und Städtischen Gerichten aber gewöhnlich von dem Landesherrn bestellet. Wie schon in den alten deutschen Gerichten die Anzahl der Schöpfen nicht beständig gleich war [c]), so hat auch Kaiser Karl der Fünfte die Anzahl der bey Criminal-Geschäften gegenwärtig seyn sollenden Beysitzer nach den verschiedenen Vorfällen in den peinlichen Gerichten sehr ungleich bestimmet. Denn, so werden zur feyerlichen Besetzung des peinlichen Halsgerichts sieben bis acht Schöpfen [d]), zur Besichtigung eines todten Körpers und bey der Tortur wenigstens zwey [e]), zur Bestimmung der Grösse der von dem Ankläger zu leistenden Caution vier [f]), und in andern Fällen mehrere, oder wenigere, erfordert [g]). Der Gerichtsgebrauch weichet inzwischen zum theil von dem Buchstaben der peinlichen

MANN *de orig. et nat. leg. German. priu. antiq. p. 82. §. 4.*

c) Die peinlichen Gerichte waren zwar gewöhnlichermassen, zumahl unter den Fränkischen Königen, mit sieben Schöpfen besetzet; inzwischen findet man auch Beyspiele, daß in einigen Gerichten zwölf, in andern sechs, und noch in andern acht Schöpfen zugezogen worden sind. BUDER *de Iudic. duodecimuir.* WOLLENBERG *de numero septenar.*

d) Art. 84. P. G. O.

e) Art. 46. 47. 181. P. G. O.

f) Art. 12. und 13. P. G. O.

g) Art. 71. 81. 149. P. G. O.

lichen Gerichts-Ordnung ab, indem er überhaupt zu den Haupthandlungen, die in den peinlichen Gerichten vorkommen, und wohin besonders die Untersuchung des Corporis delicti, das Verhör des Angeschuldigten und der Zeugen, auch andere Dinge von Wichtigkeit zu rechnen sind, nur die Gegenwart zweyer Beysitzer erfordert [h]). Im Fall aber von Geschäften von minderer Beträchtlichkeit die Rede ist, so genüget es, wenn solche unter der Aufsicht des Richters geschehen, oder von einem der Beysitzer und dem ordentlichen Gerichtsschreiber vorgenommen werden [i]). Obwohl nach den Gewohnheiten der alten Deutschen die Beysitzer, oder sogenannte Schöpfen in den Criminal-Gerichten bey der Entscheidung peinlicher Fälle rathen, oder die Urthel finden mußten, andere Beysitzer aber heutiges Tages, besonders in den Patrimonial-Gerichten, Inhalts der peinlichen Gerichts-Ordnung, nur der blossen Feyerlichkeit halber zugezogen zu werden pflegen [k]), so hat es gleichwohl keinen Zweifel, daß die beyden Beysitzer, die annoch heutiges Tages in den Criminal-Gerichten sowohl bey dem Verhör, als bey allen und jeden Vorkommenheiten von einiger Wichtigkeit gegenwärtig seyn müssen, besonders des Beweises wegen, daß nämlich alles dasjenige, was auf die Untersuchung der Gewißheit der began-

h) *Arg.* Art. 1. und 181. P. G. O. *de* BOEHMER *ad art. 1. CC. §. 8.*

i) *C. 11. X. de probat. de* BOEHMER *ad art. 181. CC. §. 3.*

k) Art. 81. 84. 92. 93. P. G. O.

begangenen Missethat und auf die Ueberführung des Angeschuldigten eine Beziehung hat, ordentlich und den Gesetzen gemäß geschehen sey [l]), erfordert werden.

Obzwar der Anklagsproceß auch bey den Römern üblich war, indem dieselben von dem heutigen und in dem Canonischen Recht gegründeten inquisitorischen Proceß nichts wußten [m]), so scheinet gleichwohl die ausdrückliche in der peinlichen Gerichts-Ordnung geschehene Bestättigung des Anklagsprocesses [n]), imgleichen der Umstand, daß er sogar dem inquisitorischen Proceß, in soferne ein Ankläger vorhanden ist, vorgezogen werden sollen [o]), sich lediglich auf die Gewohnheiten in den alten deutschen Gerichten zu gründen. Nach der bekannten deutschen Paroemie, **wo kein Kläger, da ist auch kein Richter**, hatte bey den alten Deutschen in peinlichen Fällen kein Verfahren von Amtswegen statt, und eine jede Verurtheilung setzte die vorhergegangene Anklage zum Grunde [p]). Diejenige Sicherheitsleistung, die Inhalts der peinlichen Gerichts-Ordnung dem Ankläger zu beschaffen, oblieget, und diejenige Vorschrift, daß der Ankläger in Ermangelung ei-

l) *Arg.* Art. 46. 47. 91. und 181. P. G. O.

m) BOEHMER *in Iur. Eccl. Protest. Tit. de accusat.* §. 86.

n) Art. 11. 12. 13. 14. 15. P. G. O.

o) Art. 214. P. G. O.

p) HERT. *Thesaur. Paroem. Lib. 1. Paroem. 12.* de BOEHMER *ad art. 214. CC.* §. 3.

ner gehörig zu beschaffenden Sicherheit gefänglich eingezogen werden solle [q]), sind Dinge, welche der ehemahligen Verfahrungsart in den Gerichten Deutschlandes vollkommen angemessen sind [r]).

Da die alten Deutschen in den sogenannten handhaften Thaten sofort auf geschehene Anklage den Verbrecher mittelst erhobenen Geschrichts vor Gericht zu ziehen pflegten, ihm auch keine Fristen zur Einbringung seiner Vertheidigung erlaubten, vielmehr ihn sofort verurtheilten, so ist es mir wahrscheinlich, daß die Verfertiger der peinlichen Gerichts-Ordnung diese alte deutsche Gewohnheit wenigstens im Gedanken gehabt haben müssen, wenn wegen der sogenannten unzweifentlichen Missethaten verordnet wird, daß darin sofort und ohne weitere mühsame Untersuchung und Beweisführung zur peinlichen Frage geschritten werden solle [s]).

Wann der Kaiser Karl der Fünfte zu einem rechtmäßigen Verfahren wider einen Angeschuldigten in verschiedenen Artickeln redliche und genugsame Anzeigen, Argwohn und Verdacht erfordert [t]), die Beweismittel aber, die in den deutschen Gerichten üblich waren und lediglich auf Aberglauben, oder auf die Meynung, daß Gott

q) Art. 12. und 13. P. G. O.

r) HEINECCIUS *in Element. Iur. German. Lib. 3. Tit. 9.* §. *320.* und *321.*

s) Art. 16. P. G. O. *de* BOEHMER *ad cit. artic.* §. 2.

t) Art. 18. 19. 20. 22. 23. 25. 27. P. G. O.

Gott durch eine Art von Wunderwerk die Schuld, oder Unschuld des Angeklagten ausser Zweifel setzen würde, beruhten, nirgends erwähnet [u]), so ist es wenigstens scheinbar, daß er durch die Beyfügung redliche, genugsame, ungezweifelte, jene unzulässige Gewohnheit, gänzlich habe verwerfen wollen. Diese Muthmassung scheinet sich um deswillen um so mehr zu bestättigen, als der Kaiser insbesondere alle diejenigen Anzeigen, die durch Zaubereÿ und abergläubische Künste herausgebracht worden, verwirft, und ausdrücklich verbiethet, daß darauf sowenig Gefängniß, als peinliche Frage gebauet, gegentheils aber befielet, daß der Wahrsager und Ankläger deshalb bestrafet, ein Richter aber, welcher dergleichen Anzeigen bey seinem Verfahren zum Grunde gesetzet, dem beleidigten Theile in alle Wege zur rechtlichen Genugthuung gehalten werden solle [x]).

Sowenig auch die Meynung, daß schon bey den Römern die Führung einer besonderen Vertheidigung den Angeklagten erlaubt gewesen, zu beweisen stehet [y]), so unleugbar ist gegentheils hierunter die Gewohnheit bey den alten Deutschen, obwohl freylich die Art und Weise, die Vertheidigung zu führen, die bey unsern alten Vorfahren im Gebrauch war, gar sehr von

u) COCCEJI *de fallac. crimin. indic.* STRYCK *de Iur. sens. Diss. 7. c. 3. n. 5.* FASELT *de stillicid. sang. ex interemt. cadau. praesent. occisor. Vitemb. 1765.* de BOEHMER *ad art. 62. CC. §. 5.*

x) Art. 21. P. G. O.

y) *L. 19. D. de poen.* KRESS *ad art. 88. CC.*

der heutigen abweichet [z]). Mir genüget, hier nur in der Kürze angemerket zu haben, daß die in der peinlichen Gerichts-Ordnung von den Vertheidigungen der Angeklagten gemachten Vorschriften und die verschiedenen Vortheile, die jenen zugebilliget worden [a]), auf alte deutsche Gewohnheiten eine Beziehung haben, und daraus am meisten erkläret werden können.

Wenn gleich die Poena talionis wegen eines in einer peinlichen Sache abgelegten falschen Zeugnisses den Gewohnheiten der alten Deutschen nicht zuwider ist, so ist gleichwohl die besondere Vorschrift der peinlichen Gerichts-Ordnung [b]), wie solche Zeugen zu bestrafen sind, nicht lediglich aus den Gewohnheiten bey den alten Deutschen zu erklären [c]).

Die alte Gewohnheit, die peinlichen Gerichte unter freyen Himmel zu hegen, wie auch das Geräusch und Gepränge, das damit verbunden war, hat vermuthlich zu denjenigen verschiedenen Feyerlichkeiten, die nach der peinlichen Gerichts-Ordnung bey Eröfnung und Hegung der peinlichen Halsgerichte beobachtet werden sollen [d]), die vornehmste Veranlassung gegeben.

Wann

z) HEINECCIVS *c. l. §. 323.* FALCKNER *Meditatt. ad defens. forens. quib. fata, origo, species et effectus defens. reor. praesertim in causa criminal. succincte enarrantur, Lips. 1738.*

a) Art. 47. 88. 154. P. G. O.

b) Art. 68. P. G. O.

c) HEINECCIVS *Lib. 2. Tit. 28. §. 311. 313.*

d) Art. 80—87. P. G. O.

Wann der Kaiser Karl der Fünfte das Beschreyen der Uebelthäter nach eines jeden Gerichtsgewohnheit bestättiget [e]), so hat dieses ohnstreitig seine unmittelbare Beziehung [f]) auf einen alten Gebrauch in Deutschland, nach welchem vornehmlich der beleidigte Theil wider denjenigen, der durch seine Missethat, deren Strafe an Haut und Haar, oder Hals und Hand ging, die öffentliche Sicherheit gestöhret hatte und dabey auf handhafter That betreten war, Recht und Hülfe mittelst eines durch verschiedene Redensarten nach eines jeden Orts Gewohnheit erhobenes Geschrichte [g]) aufforderte. Das unter solchen Umständen bey den alten Deutschen übliche Geschrichte diente sowohl zur Förderung des Rechts, als auch zur Ueberführung des Thäters [h]). Obwohl bey der Hegung des hochnothpeinlichen Halsgerichts, zumahl, wenn von eigentlichen Capital-Fällen die Rede ist, auch noch heutiges Tages an verschiedenen Oertern in Gemäßheit der angezogenen alten Gewohnheit ein sogenanntes Zettergeschrey erhoben zu werden pfleget [i]), so gehöret doch die Anstellung desselben lediglich zu denjenigen Feyer-

 lichkeiten,

e) Art. 87. P. G. O.

f) Der Herzogl. Mecklenburgische Höchstverdiente Herr Geheime Rath Schmidt *in Progr. de* Sünt Hülp *et* S. Jodut, Rost. 1744.

g) MEINDERS *de Iudic. centenar. p. 289.* de BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 136. Obs. 1.*

h) de BOEHMER *ad art. 87.* CC. *§. 3.*

i) MASCOV. *de clamor. violent. vulgo* vom Zettergeschrey.

lichkeiten, die Inhalts der Karolinischen Halsgerichts-Ordnung nur in soferne zuläßig sind, als sie sich in der Observanz eines jeden Orts gründen.

Das Brechen des Stabes, welches Kaiser Karl der Fünfte nach geschehener Verurtheilung zu einer peinlichen Strafe ausdrücklich bestättiget [k]), hat seinen Grund ebenfalls in den alten Gewohnheiten der Deutschen, als welche gewöhnlich in allen Geschäften von einiger Wichtigkeit zum Beweise, daß diese oder jene Handlung ihre Endschaft erreichet habe, verschiedene Zeichen zu gebrauchen pflegten [l]). Heutiges Tages pfleget der Blutrichter nach gehegten peinlichen Halsgericht und erfolgter Verurtheilung zur Todesstrafe den Stock, den er zum Zeichen seiner habenden Gewalt in Händen hat, zu zerbrechen; allein, es geschiehet solches keines Weges aus der Ursache, um damit zu erkennen zu geben, daß die eröfnete Urthel schlechterdings unveränderlich sey, sondern lediglich in der Absicht, um dadurch anzuzeigen, daß das gehegte peinliche Halsgericht nunmehro seine Endschaft erreichet habe [m]).

Denn,

k) Art. 96. P. G. O.

l) BECK *Diss. de solenn. fract. baculi ritu in exequend. supplic. extrem. sentent. Ien. 1732.*

m) *de* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 136. Obs. 2.* und *in Meditatt. ad CC. art. 96. §. 1.* Die gegentheilige Meynung, oder, daß das Brechen des Stokkes in Capital-Fällen die Unveränderlichkeit der peinlichen Urthel anzeige, vertheidigen, so viel ich sehe, ohne genugsamen Grund, CLASEN *ad art. 96. CC.* MANTZEL *in Iur. Crimin. Meckl. §. 7.*

Denn, sollte der Verurtheilte vor gehegten peinlichen Halsgericht, oder auf dem Richtplatz sein abgelegtes Bekenntniß wiederrufen, oder sollten sich auch neue, oder wenigstens noch nicht zur Genüge erörterte Vertheidigungs- oder Milderungsgründe ergeben, so ist die Vollstreckung der peinlichen Urthel, da aller Schluß in peinlichen Fällen nur Bedingungsweise ist, bis zur geschehenen vollständigen Untersuchung und erfolgten rechtlichen Entscheidung billig zu verschieben [n]). Obwohl der gemeine Hause das Aufnehmen der Ueberbleibsel des zerbrochenen Stockes als eine Handlung anzusehen pfleget, die mit einer Art von Anrüchtigkeit verbunden ist, so ist gleichwohl diese Meynung, da sie sowenig auf gesetzlichen Vorschriften, als sonst auf vernünftigen Gründen beruhet, in aller Absicht für unstatthaft anzunehmen [o]).

Der Kaiser Karl der Fünfte befielet, daß nach gehegten peinlichen Halsgericht und erfolgtem Brechen des Stockes, der Richter auf dem Richtplatz öffentlich ausrufen und verkündigen lassen, und bey Leib und Guth gebiethen solle, dem Nachrichter keinerley Verhinderung zu thun, auch, wann es ihm mißlinge, nicht Hand an ihn zu legen [p]). Obwohl man den Grund von diesem Friedausrufen verschiedentlich anzugeben pfle-

n) Art. 91. P. G. O. Meine Grundsätze des peinl. Rechts §. 781. 782.

o) *Select. Iurid. Rostoch. fascic. 1. Spec. 11. q. 2.*

p) Art. 97. P. G. O.

get, so hat dasselbe gleichwohl ohnstreitig von den Gewohnheiten der Deutschen seinen Ursprung, als welche nach der Einführung der Römischen Rechte die vormahligen Begriffe von der honestate executionis verlohren, vielmehr diejenigen haßten, die sich zu Scharfrichtern gebrauchen ließen und daher bey allen Gelegenheiten ihrer Rachbegierde freyen Lauf ließen, wenn die Umstände solche einigermassen begünstigten q). Das feyerliche Friedausrufen zur Sicherheit des Scharfrichters pfleget heutiges Tages, in Ermangelung besonderer Landesgesetze, nur sodann zu geschehen, wenn der Nachrichter mit Grunde Gefahr und Nachtheil bey etwa mißlungener Execution zu besorgen haben sollte. Denn, wie man ausser diesem Fall jenes Friedausrufen zu unterlassen pfleget, so wird auch gewöhnlich bey anscheinender Gefahr für den Scharfrichter das Verboth, letzterem bey etwa mißlungener Execution Leid zuzufügen, durch Androhung einer Leibesstrafe geschärfet r).

Wann der Kaiser Karl der Fünfte befielet, daß denjenigen, die wissentlich einen falschen Eyd geschworen haben, die zwo Finger, womit sie geschworen haben, abgehauen werden sollen s), so bestättiget er dadurch, nach seiner eigenen Erklärung t), eine alte Gewohnheit in Deutschland

q) KRESS und *de* BOEHMER *ad art. 97. CC.*

r) Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 795.

s) Art. 107. 108. P. G. O.

t) Art. 107. P. G. O. in den Worten: Und nachdem

land u). Obgleich angesehene Rechtslehrer das Abhauen der beyden Finger wegen eines geleisteten Meynendes für eine sehr angemessene Strafe halten x), so ist gleichwohl dieselbe nach dem Zeugniß vieler neueren Rechtslehrer gänzlich ausser Gebrauch y). Denn, unter denjenigen Einschränkungen, unter welchen ein Meyneydiger mit der Abhauung der Finger Inhalts der peinlichen Gerichts-Ordnung bestrafet werden kann, pfleget derselbe heutiges Tages mit der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten auf ein, oder mehrere Jahre bestrafet zu werden z). Würde jemand die von ihm beschworne Urphede brechen, so hat heutiges Tages die in der peinlichen Gerichts-Ordnung gleichwohl vorgeschriebene Abhauung der Hand, oder der Finger nicht ferner statt, indem der Gerichtsgebrauch, was die Bestrafung einer gebrochenen Urphede anlanget, theils die Vorschriften des Römischen Rechts a) annimmt, theils aber davon abgehet und gewöhnlich diejenigen, welche freventlich die Urphede gebrochen haben, mit

dem im heiligen Reich ein gemeiner Gebrauch ist, solchen falsch Schwehrern die zwee Finger, damit sie geschwohren haben, abzuhauen, dieselbe gemeine gewöhnliche Leibesstrafe wollen wir auch nicht ändern.

u) *de* BOEHMER *ad art.* 107. *CC.* §. 4.

x) LEYSER *Spec.* 567. *n.* 20. 21.

y) KRESS *ad art.* 107. *CC.* HOMMEL *Obs.* 82.

z) Struben in dem 4ten Theil der rechtlichen Bedenken *n.* 78.

a) *L.* 4. *D. de poen.*

mit dem Zuchthaus, oder dem Festungsbau bestrafet [b]). In dem Fall, da ein in bürgerlichen Sachen zum ersten mahl geleisteter Meyneyd niemand nachtheilig gewesen, wird derselbe gewöhnlich nur mit einem Gefängniß von vierzehn Tagen bestrafet [c]). Diejenigen gelinderen Grundsätze, nach welchen man heutiges Tages in der Bestrafung des Meyneydes zu verfahren pfleget, mögen zum theil in der Vorstellung, daß die Rache des Meyneydes dem Allwissenden zu überlassen, in eigentlicher Bedeutung aber jener nicht als ein Verbrechen anzusehen sey, ihren vorzüglichsten Grund haben [d]). Denn wenigstens sind darin fast alle Rechtslehrer einig, daß bey erfolgender Schadensersetzung, und bey dem Mangel besonders gravirender Umstände, des blossen Meyneydes halben nur auf Gefängniß, oder Geldbusse erkannt werden könne [e]), und daraus ergiebet sich von selbst die Folge, daß bey der Bestimmung der Strafe des Meyneydes nach den Grundsätzen der mehresten

b) HARPRECHT *Dec. 14. n. 65. Dec. 42.* und *43. Select. Iurid. Rostoch. fascic. 1. Spec. 14. q. 1.*

c) HOMMEL *c. l.*

d) *L. 2. C. de Reb. Cred. L. 5. §. 2. de iniur. L. 31. D.* und *L. 2. C. de Iureiur. L. 19. de in Ius voc. L. 56. de Re Iudicat.* TACITUS *Lib. 1. annal. c. 73.* Daß gleichwohl die Römer den Meyneyd für ein schweres Verbrechen gehalten haben, ist nach vielen andern Römischen Gesetzen nicht im mindesten zu bezweifeln, s. meine Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 131. 132. und die dorten angeführten Gesetze aus dem Römischen Recht.

e) CLASEN und KRESS *ad art. 107. CC.*

sten Rechtslehrer nicht sowohl auf die mit dem Meyneyd verbundene Art von Gotteslästerung, als vielmehr auf die dabey sich findende Verfälschung und Betrügerey, gesehen werden müsse [f]).

Weil die Gränzmähler bey den alten Deutschen besonders für heilig, und die Verletzung derselben für eine so schwere Missethat gehalten wurde [g]), daß deshalb sogar in den Centgerichten eine der grausamsten Lebensstrafen statt fand [h]), so ist um deswillen des Verbrechens der fälschlichen Gränzverrückung vermuthlich in der peinlichen Gerichts-Ordnung [i]) zwar besonders und nahmentlich gedacht, inzwischen die Strafe derselben aus der Ursache vielleicht nicht deutlich und bestimmt genug ausgedruckt worden, weil die Gesetze der Deutschen solche zwar insgesamt für eine schwere Missethat halten, inzwischen in Absicht der Art von Strafe nicht übereinstimmen [k]).

Da

f) KRESS und BOEHMER *ad art.* 107. CC. LYNCK *Dec.* 179. HOMMEL *c. l.*

g) HEINECC. *in Element. Iur. German. Lib.* 2. *Tit.* 29. §. 336.

h) KNICHEN *de Sublim. et reg. territor. Iure c.* 4. *n.* 284. "wo einer wissentlich Markstein ausgräbet, "den soll man in die Erden graben bis an Hals, "und soll dann nehmen vier Pferde, die des Ackers "nicht gewohnet seyn, und einen Pflug, der neu "ist, und sollen die Pferde nicht mehr gezogen, und "der Enck nicht mehr geahren, noch der Pflughalter "nicht mehr den Pflug gehalten haben, und ihme "nach dem Halse ähren, bis so lange er ihm den "Hals abgeahren hat.„ LEYSER *Spec.* 558. *n.* 1.

i) Art. 114. P. G. O.

k) *de* BOEHMER *ad art.* 214. CC. §. 3.

Da die Nothzucht sowenig nach den Gesetzen der Römer, als der älteren deutschen Völker, mit dem Tode bestrafet wurde [l]), so ist es wahrscheinlich, daß die in der peinlichen Gerichts-Ordnung der Nothzucht halben gleichwohl bestimmte Todesstrafe [m]) in den deutschen Gesetzen des mittleren Zeitalters ihren Grund habe, weil nach denselben nicht allein der Nothzüchtiger mit dem Tode bestrafet, sondern auch die Thiere, die bey der Nothzucht gegenwärtig gewesen waren, getödtet und sogar die Wohnung des Verbrechers zerstöhret wurde [n]). Heutiges Tages pfleget die in der peinlichen Gerichts-Ordnung der vollbrachten Nothzucht halben bestimmte Todesstrafe nur sodann statt zu finden, wenn besonders gravirende Umstände vorhanden sind, die Genothzüchtigte auch sowenig zur Vollziehung der Ehe, als zur Einlegung einer Vorbitte zu bewegen stehet und an andern genugsamen Gründen zur Milderung der Strafe es gänzlich ermangelt [o]). Denn, auf dem Fall, da die genothzüchtigte Person erböthig ist, den Nothzüchtiger zu ehelichen [p]), oder auch nur

l) *L. 3. §. 4. ad L. Iul. de vi publ. L. 29. §. 5. ad L. Iul. de adulter. L. 38. §. 3. de poen.* HEINECC. *in Element. Iur. German. L. 2. §. 224.*

m) Art. 119. P. G. O.

n) Sachsen-Spiegel *c. 115. n. 10.* Schwaben-Spiegel *c. 350. 351.* SCHOTTEL *de Singular. in German. iurib. c. 114.*

o) Struben in dem dritten Theil. der rechtlichen Bedenken *n. 24.*

p) *Arg. c. 7. X. de rapt. Virg.*

nur Vorbitte für ihn einleget, pfleget die vollbrachte Nothzucht nur nach richterlichem Ermessen mit der Landesverweisung, Gefängniß, oder Geldbusse bestrafet zu werden [q]).

In Gemäßheit der alten deutschen Gewohnheiten, nach welchen Unredlichkeit und Untreue am allermeisten verabscheuet wurde, bestimmet der Kaiser Karl der Fünfte den Verräthern männlichen Geschlechts die Viertheilung und den Verrätherinnen die Strafe des Ertränkens und befielet überdieß, daß beyde Strafen bewandten Umständen nach durch ein Zangenreissen, oder Schleifen zur Gerichtsstätte geschärfet werden sollen [r]). Es pfleget inzwischen nach dem Gerichtsgebrauch die Vorschrift des Kaisers Karl des Fünften nicht auf eine jede Verrätherey ausgedehnet, vielmehr lediglich nur auf den eigentlichen Hochverrath eingeschränket zu werden. Denn, in soferne von andern Arten der Verrätherey die Rede ist, pfleget auf dem Fall, daß dadurch eine Missethat würklich zu Stande gekommen, die Bestrafung der letzteren die erstere in sich zu begreifen [s]). Im Fall durch die geschehene Verrätherey kein eigentliches nahmentliches Verbrechen zu Stande gebracht worden, sind gewöhnlich diejenigen Grundsätze, die von den Landzwingern, oder von unterstandenen Verbrechen

q) LUDOVICI *de intercess. innocent.* §. 35. WERNHER P. 10. *Obs.* 459.

r) Art. 124. P. G. O.

s) *de* BOEHMER *ad art.* 124. CC. §. 2.

brechen überhaupt gelten, in Anwendung zu bringen [t]).

Wenn gleich die peinliche Gerichts-Ordnung nicht ausdrücklich die vermöge der alten deutschen Gewohnheiten nach dem Gerichtsgebrauch angenommene Distinction unter **Mordbrand** und **Brand** bestättiget, vielmehr nach jener alle und jede boshafte Brenner mit dem Feuer bestrafet werden sollen [u]), so wollen dennoch verschiedene Rechtslehrer, daß der Kaiser durch den gebrauchten Ausdruck **der boshaftigen überwundenen Brenner** den bemeldeten Unterschied, den die deutschen Rechte annehmen, gleichsam stillschweigend bestättiget habe, weil jener nur solche Missethaten nach dem Redegebrauch der peinlichen Gerichts-Ordnung zu begreifen pfleget, bey deren Vollbringung sich die Thäter ausnehmend boshaft und unmenschlich bewiesen haben [x]). Hiezu kommt, daß in denjenigen Artickeln, die dem, der von der Strafe der Brenner handelt, vorstehen und nachfolgen, von lauter solchen Missethaten gehandelt wird, die wegen der dadurch ausgeübten Feindseligkeit gegen ganze Länder und Ortschaften mit den eigentlichen Mordbrennern in eine Classe zu setzen sind [y]).

Weil

t) Art. 129. und 178. P. G. O. Meine Grundsätze des peinlichen Rechts §. 177. 179.

u) Art. 125. P. G. O.

x) Art. 124. 127. 130. 131. 137. P. G. O.

y) Meister in dem ersten Theil der rechtl. Erkenntnisse in peinl. Fällen *Dec. 31.*

Weil nach dem Römischen Recht nur diejenigen für eigentliche Räuber angesehen zu werden pflegten, die bewafnet auf öffentlicher Landstrasse Räubereyen trieben, und solche gleichsam als eine Art des Gewerbes ausübten [z]), so ist allem Ansehen nach keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß Kaiser Karl der Fünfte, indem er einen jeden boshaften Räuber mit dem Schwerdt, oder nach Gewohnheit eines jeden Orts anderweit, am Leben bestrafet wissen will [a]), in Absicht des eigentlichen Begrifs des Raubes auf die Grundsätze des deutschen Rechts, und in Absicht der Strafe des Raubes auf das Römische, oder auf das sogenannte Kaiserliche Recht sein Augenmerk gerichtet habe [b])

Da

z) *L. 28. §. 10. de poen. L. 2. C. ad L. Cornel. de Sicar. L. 7. D. de incend. ruin. naufrag.*

a) Art. 126. P. G. O. "Item ein jeder boßhafftiger überwundner Räuber, soll nach vermög unser Vorfarn und unserer gemeyner Keyserlichen Rechte mit dem Schwert, oder wie an jedem Ort im disen Fällen mit gutter gewonheyt herkommen ist, doch am Leben gestrafft werden."

b) *de* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 90. Obs. 2.* und *in Meditatt. ad CC.* Art. 126. §. 8. Carrach in den rechtlichen Urtheilen und Gutachten in peinl. Fällen *n.* 17. 19. Meister in dem ersten Theil der rechtl. Erkenntnisse in peinl. Fällen *Dec. 5. n. 15.* Diese Meynung vertheidiget mit richtiger Erklärung des *L. 28. §. 10. de poen.* Schmidt in den öffentlichen Rechtssprüchen im fünften Abschnitt *n.* 118. *p.* 781. und 782.

Die

Da der Aufruhr nicht allein bey den Römern [c]), sondern auch bey den Deutschen [d]), eine der schwersten Missethaten war, weshalb Leib- und Lebensstrafen statt haben konnten, so scheinet es keinen Zweifel zu haben, daß der Kaiser Karl der Fünfte bey der den Aufrührern in dem Art. 127. P. G. O. bestimmten harten Strafe sowohl auf die Grundsätze der Römischen, als der Deutschen Rechte, gesehen habe.

Weil es nach den Gewohnheiten der Deutschen und vor Verkündigung des Landfriedens nicht für unerlaubt gehalten wurde, sich wegen erlittener Beleidigung selbst unmittelbar Recht zu verschaffen, in soferne anders die Fehde an und für sich ehrlich und rechtmäßig war [e]), so sind daraus ohne Schwierigkeit diejenigen Einschränkungen, unter welchen Kaiser Karl der Fünfte die Privatbefehdungen annoch erlaubet [f]), man mag übrigens den Grund derselben setzen, worin man will [g]), zu erklären. Es ist inzwischen heutiges Tages auf diejenigen Einschränkungen, unter welchen nach der peinlichen Gerichts-Ordnung die

Die gegenseitige Meynung vertheidigen HARPRECHT *Resp. 9. n. 60. R. 10. n. 32. 87.* LEYSER *Spec. 539. n. 5—8.* Struben in dem ersten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 158.

c) *L. 38. §. 2. D. de poen. L. 1. C. de sedit.*

d) HELLFELD *Repertor. Iur. priuat. p. 532.*

e) TACITUS *de morib. Germanor. c. 12. 21.* SCHOTTEL *de Singular. antiquis German. iurib. c. 10. §. 2.*

f) Art. 129. P. G. O.

g) LEYSER *Spec. 553. n. 6.*

die Privatbefehdungen für erlaubt angesehen werden sollen, um so weniger Betracht zu nehmen, als in verschiedenen Reichsabschieden [h]), die nach der Verfertigung der peinlichen Gerichts-Ordnung erschienen sind, alle Privatbefehdungen, oder alle Selbstrache in Deutschland schlechterdings verbothen, und dadurch dem ehemahligen sogenannten Faust- und Kolbenrecht ein völliges Ende gemacht worden.

Die Gewohnheit der Deutschen, mit eigentlichen Mördern, wozu auch ohnstreitig diejenigen gehören, die andern hinterlistiger Weise das Leben rauben, weit schärfer, als mit bloßen Todtschlägern, zu verfahren [i]), hat muthmaßlich eine besondere Veranlassung gegeben, daß Kaiser Karl der Fünfte den Giftmischern die Strafe des Rades und den Giftmischerinnen die Strafe des Ertränkens bestimmet, auch sogar auf diese Strafen erkannt wissen will, wenn jemand den andern durch Gift vorsätzlicher Weise nur am Leibe beschädiget haben sollte [k]). Der Gerichtsgebrauch gehet inzwischen in soferne von dem Buchstaben der peinlichen Gerichts-Ordnung ab, daß nur sodann, wenn jemand durch Gift, oder eine andere dem menschlichen Körper schädliche Materie, seines Lebens würklich beraubet worden, auf die gesetzliche Strafe [l]), ausser diesem Fall aber, und

h) Von den Jahren 1548. 1555. und 1594.

i) *de* BOEHMER *in Element. Iur. Crimin.* §. 234.

k) Art. 130. P. G. O.

l) KRESS und *de* BOEHMER *ad art.* 130. CC. SCHILTER *Ex.* 49. *Th.* 125.

wenn der Vergiftete zwar nicht das Leben verlohren, inzwischen an seiner Gesundheit unersetzlichen Schaden genommen haben sollte, zum höchsten nur auf das Schwerdt, bey geringern Graden des Conatus aber Verhältnißmäßig nach richterlichem Ermessen, erkannt zu werden pfleget [m]).

Es hat zwar seine Richtigkeit, daß die von Kaiser Karl dem Fünften des verübten vorsätzlichen und zu mehreren mahlen begangenen Kindermords halben bestimmte Strafe des lebendigen Begrabens auch den Römern nicht unbekannt gewesen sey [n]). Allein das Pfählen, welches Inhalts der peinlichen Gerichts-Ordnung [o]) mit dem Begraben verbunden seyn soll, ist besonders aus den deutschen Gewohnheiten des mittleren Zeitalters herzuleiten [p]), obwohl auch in Deutschland das lebendige Begraben nicht allemahl mit dem Pfählen verbunden gewesen ist. Gleich nun das lebendige Begraben heutiges Tages in Deutschland völlig ausser Anwendung ist, so erhält sich auch der Gebrauch des lebendigen Pfählens wegen gewisser schweren Missethaten nur noch an einigen Oertern in Deutschland [q]). Inzwischen findet sich annoch ein Beyspiel vom Jahr 1580, da in hiesigen Landen auf das lebendige Begraben würklich

m) Meine Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 264.

n) IOACHIMI *de viu. sepultur. Lips. 1732.*

o) Art. 131. P. G. O.

p) DREYER *de poen. defoss. et pali.*

q) KRESS *ad art. 131. CC.*

würklich erkannt worden [r]). Die den Weibspersonen, sowohl des Kindermordes, als anderer schweren Missethaten halben, die am Leben zu bestrafen sind, der Regel nach bestimmte Strafe des lebendigen Ertränkens oder des Wassers [s]) unterscheidet sich gar sehr von der bey den Römern üblichen Poena cullei [t]), indem die erstere ohne die grausamen Martern, die mit der letzteren verbunden waren, jederzeit in Deutschland zur Ausführung gebracht worden [u]). Es ist demnach die Meynung derjenigen Rechtslehrer, die dafür halten, daß in denjenigen Artickeln, woselbst die Strafe des Ertränkens vorgeschrieben worden, die Poena cullei des Römischen Rechts verstanden werden müsse [x]), in keine Wege gegründet. In den hiesigen Landen pfleget in denjenigen Fällen, da die Strafe des lebendigen Pfählens und Begrabens, oder des Ertränkens, vorgeschrieben worden, gewöhnlich nur auf die Strafe des Schwerdts, die bewandten Umständen nach annoch geschärfet werden kann, erkannt zu werden [y]).

r) *Select. Iurid. Rostoch. fascic. 1. Spec. 5. q. 3.*

s) Art. 130. 131. 159. 192. P. G. O.

t) *§. 6. Inst. de publ. Iudic. L. 9. ad L. Pompei. de Parricid. L. vn. C. de his qui parent. vel lib. occid.*

u) LUDOVICI *ad art. 131. CC. de* BOEHMER *ad eund. art. §. 16. 18.*

x) GRASS *in Coll. Iur. Rom. cum Recess. Imper. Sect. 16. §. 3. p. 850.*

y) MANTZEL *in Iur. Criminal. Mecklenb. p. 47. §. 19.*

Wenn gleich berühmte Rechtslehrer [z]) dasjenige, was Kaiser Karl der Fünfte wegen der vorsätzlicher Weise geschehenen Abtreibung der Leibesfrucht vorschreibet [a]), verschiedenen alten deutschen Gesetzen gemäß zu finden meynen, so scheinet es gleichwohl, daß der wahre Grund davon in der Vorschrift des neueren Römischen Rechts, nach welchem ein jeder vorsätzlicher Kindermord am Leben und mit der Poena cullei zu bestrafen [b]), gesetzet werden müsse. Der Gerichtsgebrauch stimmet eigentlich mit der in der peinlichen Gerichts-Ordnung vorgeschriebenen Todesstrafe wegen einer vorsätzlich geschehenen Abtreibung der Leibesfrucht nur in soferne überein, als das eigentliche Corpus delicti, nämlich das Leben des Kindes, und der durch gebrauchte abtreibende Mittel lediglich und allein beförderte Tod desselben völlig ausser Streit gesetzet seyn sollte. In einem solchen Fall pfleget ohne Unterscheid der Person, auf das Schwerdt, bey etwanigen Zweifeln aber wegen des Corporis delicti nur auf eine ausserordentliche Strafe, erkannt zu werden [c]).

Obwohl auch die Römer die Sicarios von den bloßen Todtschlägern zu unterscheiden pflegten und mit

§. 19. Ei. Ius Mecklenb. et Lubec. illustrat. Cent. 4. Iud. 68.

z) *de* BOEHMER *ad art. 133.* CC. *§. 6.*

a) Art. 133. P. G. O.

b) *L. vn. C. de his qui parent. vel lib. occid.*

c) HARPRECHT *Dec. 135. n. 12. seqq.* Meine Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 284.

mit jenen weit strenger, als mit diesen verfuhren [d]), so ist es gleichwohl nicht zu bezweifeln, daß der in der peinlichen Gerichts-Ordnung [e]) unter Mörder und Todtschläger gemachte Unterschied lediglich deutschen Ursprunges sey. Denn man pflegte in dem mittleren Zeitalter besonders diejenigen Mörder zu nennen, die vorsätzlicher Weise, entweder um Gewinnes willen, oder mit besonderer Hinterlist einen Todtschlag verübet hatten [f]) und dieselben mit dem Rade zu bestrafen. Dahingegen wurden die bloßen Todtschläger, da der Todtschlag in Deutschland ein Capital-Verbrechen wurde, nur mit der Enthauptung bestrafet [g]). Nach dem heutigen Gerichtsgebrauch hat es bey der ausdrücklichen Vorschrift Kaiser Karl des Fünften, und bey der in der peinlichen Gerichts-Ordnung geschehenen Bestättigung der Eintheilung

d) *Tit. Digest. ad L. Cornel. de Sicar. L. 28. §. penult. de poen.*

e) Art. 137. P. G. O.

f) Die Glosse zu dem Sächs. Landrecht B. 2. Tit. 13. Die Leute um Geld und mit wohlbedachten Muth ermorden, sind rechte Mörder. So heisset es unter andern auch in einem gewissen Statut nach dem Zeugniß des Pufendorfs *T. 2. p. 181.* "unde es dusse vor enen muthwilli-"gen totschläger tho achten vnd the holden, de "einen vor Wege legt up enen luret, oder war-"det, ock derjenige, de siene Gewehr erstlich "gewiinnet und damede den andern auerlopt unde "de Gegenwehr verohrsacket.„

g) Der Sachsen-Spiegel B. 2. Art. 13. Alle Mörder, die soll man Rade brechen. *de* BOEHMER *ad art. 137. CC. §. 10.*

theilung unter Mörder und Todtschläger lediglich das Bewenden, und man pfleget Inhalts derselben die Mörder nur mit dem Rade, die eigentlichen Todtschläger aber mit dem Schwerdt zu bestrafen [h]). Es sind zwar verschiedene angesehene Rechtslehrer, die behaupten, der Kaiser Karl der Fünfte habe durch den Ausdruck ein **jeder vorsätzlicher muthwilliger Mörder** zu erkennen geben wollen, daß alle diejenigen, die ein homicidium deliberatum, oder einen Todtschlag ex intentione directa begehen, mit dem Rade bestrafet werden sollen [i]). Allein, so wenig diese Meynung durch den Gerichtsgebrauch bestättiget wird, eben so wenig ist sie, so viel ich sehe, der richtigen Erklärung eines Mörders gemäß [k]).

Wenn der Kaiser Karl der Fünfte die Nothwehr zur Vertheidigung der Ehre und des guten Leumuths erlaubet [l]), so zielet er damit nach den Meynungen verschiedener Rechtslehrer auf die Gewohnheiten der alten Deutschen, nach welchen das

h) CARPZOV. *q. 7. n. 4.* CLASEN, BEYER, KRESS, LVDOVICI *ad art. 137. CC.* Schmidts öffentliche Rechtssprüche, im fünften Abschnitt *n.* 110. und 111.

i) LEYSER *Spec. 605. n. 1.* HEIMBVRG *Progr. de taedio vitae poen. homicid. non mitigante.* KOCH *§. 456.*

k) *de* BOEHMER *c. l. §. 11.* welcher am Ende dieses Paragraphs merklich schreibet: Vix enim est, vt credam, legislatorem notionem *mordri* ignorasse, et hoc vocabulum de quouis deliberato promiscue accepisse.

l) Art. 140. und 150. P. G. O.

das Fliehen auf vorgängige Beleidigung, in soferne die Fehde auf Seiten des Angefallenen anders an sich rechtmäßig war, für unrühmlich angesehen wurde [m]). Man pfleget inzwischen heutiges Tages die Nothwehr zur Vertheidigung der Ehre nur unverleumdeten Frauenspersonen bey einem gewaltsamen Anfall auf ihre Keuschheit [n]), imgleichen Officierern und andern Personen von hohen Stande und Geburt sodann zu erlauben, wenn sie unvermuthet und ohne Veranlassung, wo nicht auf gefährliche Art und Weise, doch wenigstens unter thätlichen Verunglimpfungen, angefallen seyn sollten [o]).

Nach Vorschrift der peinlichen Gerichts-Ordnung soll auch ein solcher Missethäter, der in die Mordacht gefallen, mit seiner Vertheidigung gehöret werden [p]). Sowenig nun zwar letzteres, zumahl, wenn ein Missethäter in die Oberacht verfallen war, den deutschen Sitten gemäß ist, so ist gleichwohl der vordem an vielen Oertern Deutschlandes üblich gewesene Gebrauch [q]), sol-

m) Bey den alten Deutschen galt die bekannte Paroemie: auf eine Maulschelle gehöret ein Dolch; und um des willen hielte man es für unrühmlich, für einen Feind, der einen zuerst angefallen hatte, zu fliehen.

n) THOMAS. *an contra stuprator. violent. locum habeat mod. inculpat. tutel. Lips. 1737.* SIBRAND *an stupratorem violentum occidere liceat.*

o) Meine Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 242.

p) Art. 155. P. G. O.

q) Auch in Mecklenburg fand wider entflohene Misse-

che Verbrecher, die durch die ergriffene Flucht die Vollziehung der Strafe verhindert hatten, zumahl, wenn sie auf handhafter That betreten worden waren, in die Acht und dadurch zugleich für recht- und friedlos zu erklären [r]), nicht verworfen, vielmehr stillschweigend bestättiget worden. Die Bambergsche Halsgerichts-Ordnung, die in verschiedenen Artickeln [s]) von demjenigen insbesondere handelt, was bey dem Erklären in die Acht zu beobachten, will, daß solche mit folgenden Ausdrücken geschehen solle [t]): "Als "du mit Urtheyln und Recht zu der Mordtacht er"teylt worden bist, also nym ich deyn Leyb und "Gut aus dem Fride, und thu sie in den Unfrid, "und künde dich verlaß und Rechtloß, und künde "dich den Vögeln frey in den Lüfften, und den "Thieren in dem Wald, und den Fischen in dem "Wasser, und solt auf keiner Strassen, noch in "keiner Mundtart, die Keyser, oder Künig ge"freyet haben, nyndert Friden noch geleyt haben, "und künde alle die Lehen, die du hast, irn Herrn "ledig

Missethäter der Bannproceß statt. s. *Select. Iurid. Rostoch. fasc. 2. Spec. 1.* MANTZEL *in Iur. Crimin. Meckl. §. 43.*

r) Von den verschiedenen Arten der Acht und des Banns, imgleichen wie dabey verfahren wurde, s. HELLFELD *in Repertor. Iur. priuat. sub voce* Acht und Bann. Die Kammer-Gerichts-Ordnung Th. 3. Tit. 43. Tit. 46. §. 2. Tit. 48. §. 5. Carpzovs peinl. Inquisitions- und Achtsproceß.

s) Art. 228 — 265.

t) Art. 241.

"ledig und loß, und von allem Rechten in alles "Unrecht, und ist auch allergemeinlich erlaubt, "über dich, daß nymand an dir freueln kan, noch "solle, der dich angreiffet." Heutiges Tages hat selbst in den schwersten Missethaten nicht ferner der Bann- oder Achtproceß statt, sondern man pfleget in dem Fall, da alle Mittel, um des Verbrechers habhaft zu werden, fruchtlos geblieben seyn sollten, die Untersuchungs-Acten, in soferne nicht bewandten Umständen nach die Vollstreckung der Strafe im Bildniß statt finden mögte, sorgfältig aufzubewahren und demnächst, wenn der Missethäter über kurz oder lang betreten werden sollte, sowenig in Absicht der Verfahrungs-Art, als in Absicht des Beweises und der Vertheidigung, einige Abweichungen von der Regel anzunehmen [u]).

Weil die Deutschen bey der Bestrafung der Diebstähle am meisten auf den Werth derselben zu sehen gewohnt waren [x]), so hat diese Gewohnheit wohl zu den in verschiedenen Artickeln der peinlichen Gerichts-Ordnung [y]) gemachten Vorschriften, auf die Grösse des Diebstahls bey der Bestrafung desselben zu sehen, eine besondere Veranlassung gegeben. Wenn inzwischen gegentheils nicht alle deutsche Völker den Unterschied unter gefährliche und nicht gefährliche Diebstähle an-

u) Meine Grundsätze des peinl. Rechts §. 844.

x) *II. F. 27. §. 9.* ENGAU *Diss. de furto magno Ien. 745.*

y) Art. 157. 158. 160.

annahmen [z]), so ist gleichwohl die auf dem gefährlichen und zum dritten mahl wiederholten Diebstahl gesetzte Strafe des Galgens lediglich deutschen Ursprungs [a]) und solchergestalt von Kaiser Karl dem Fünften in Rücksicht auf die alten deutschen Gewohnheiten bestättiget worden [b]). An statt des ehemahligen lebendigen Begrabens aber, womit die Diebinnen in Deutschland bestrafet wurden, ist von dem Kaiser Karl dem Fünften zwar die Strafe des Ertränkens, die angezogenermassen ebenfalls deutschen Ursprunges ist, gesetzet worden [c]), inzwischen pfleget in denjenigen Fällen, da sonst eigentlich die Strafe des Ertränkens statt finden müßte, heutiges Tages die Strafe des Schwerdts gewöhnlich erkannt zu werden [d]).

Wenn gleich die Rechtslehrer über den eigentlichen Grund, warum ein Diebstahl der aus Hungersnoth begangen worden, Entschuldigung verdiene, in ihren Meynungen nicht mit einander übereinstimmen [e]), so hat es dennoch wohl keinen Zweifel, daß der bey einem Diebstahl aus Hungersnoth

z) HEINECC. *in Element. Iur. German. T. 2. L. 2. §. 50.*

a) TENTZEL *de eo quod iustum est circa poen. furtor. Erford. 1729.*

b) Art. 159. und 162. P. G. O.

c) *de* BOEHMER *ad art. 159. CC. §. 15.*

d) *Ius Mecklenb. et Lubec. illustrat. Cent. 4. Iud. 68.*

e) GROTIVS *in Iure belli et pacis Lib. 2. §. 5. 6.* LEYSER *Spec. 537. n. 2.*

gersnoth sich findende Mangel der Moralität dem Kaiser Karl dem Fünften [f]) in Gemäßheit der bekannten deutschen Paroemie, **Noth hat kein Geboth**, die Veranlassung gegeben habe, den Dieb, der aus wahrer Hungersnoth gestohlen, von aller Strafe frey zu sprechen [g]). Obwohl es auch noch heutiges Tages bey der Vorschrift Kaisers Karl des Fünften, im Betreff eines aus dringender Noth begangenen Diebstahls der Regel nach das Bewenden behält, so setzet gleichwohl nach dem Gerichtsgebrauch ein solcher Diebstahl, wann er Entschuldigung verdienen soll, verschiedene Eigenschaften zum Grunde, in deren Ermangelung entweder in der Bestrafung keine Ausnahme von der Regel anzunehmen, oder wenigstens die gesetzliche Strafe des Diebstahls nur zu mildern ist [h]).

Wenn Kaiser Karl der Fünfte [i]) einen Diebstahl, der an essenden Früchten ohne gewinnsüchtige Absichten begangen worden, nach Gelegenheit der Person und Sache bürgerlich bestrafet [k]), auch

f) Art. 166. P. G. O.

g) NETTELBLADT *Diss. de necessitat. eiusque effectu in iure Hal. 1752.*

h) Grundsätze des deutschen peinl. Rechts, §. 374—377.

i) Art. 167. P. G. O.

k) Bey den Deutschen galt nämlich die bekannte Paroemie, **Mundraub ist kein Diebstahl**. Diese fand nicht allein in Ansehung der Menschen, sondern, bey dem ehemahligen Mangel der Wirthshäuser,

auch bey einem solchen Diebstahl auf die Zeit, imgleichen auf die Art und Weise gesehen wissen will, so bestättiget er sowohl in dem einen, als in dem andern eine längst in Deutschland eingeführte Gewohnheit [l]). Nach dem heutigen Gerichtsgebrauch pfleget man ebenfalls den blossen Mundraub nicht als einen eigentlichen Diebstahl anzusehen, sondern höchstens nur mit Gefängniß zu bestrafen [m]). Bey dem Mangel gravirender Umstände und gewinnsüchtiger Absichten pfleget die Strafe bisweilen gar nachgelassen zu werden.

Die Deutschen verfuhren mit den Holzdieben auf gleiche Weise, als von demjenigen Diebstahl der an Früchten begangen war, angemerket worden [n]); inzwischen soll der Angabe nach mit den Baum-

häuser, auch in Ansehung der Pferde statt, indem es besonders einem Reuter vergönnet war, sein Pferd unter gewissen Einschränkungen auf dem Acker des andern zu weiden, s. *II. F. 27. §. 9.* quicunque per terram transiens equum suum pabulare voluerit, quanto propinquius secundum viam stans in loco amplecti potuerit ad refectionem et reparationem equi sui impune sibi equo porrigat. Licitum etiam sit ipsi vti herba et viridi sylua sine vastatione pro sua commoditate et vsu necessario.

l) Das Sächs. Landr. *Lib. 2. art. 28.* "wer des "Nachts gehauen Holtz, oder geschnitten Graß stilt, "den soll man richten mit der Wyde, stielt er es "aber des Tages, es gehet ihm zu Haut und Haar.„ Daß das Richten mit der Wyde in den alten deutschen Rechten die Strafe des Galgens anzeige, ist wohl keinem Zweifel unterworfen.

m) *de* BOEHMER *ad art. 167. CC. §. 3.*

n) HEINECC. *in Element. Iur. German. Lib. 2. Tit. 19. §. 50.*

Baumschälern bey einigen Völkern besonders grausam verfahren seyn, indem man solche der Erzählung nach um den Baum geführet hat, bis alle ihre Gedärme darum gewunden gewesen sind [o]). Kaiser Karl der Fünfte [p]) will inzwischen, daß bey dem Holzdiebstahl dieselben Umstände, auf welche sowohl die Deutschen, als Römer [q]), sahen, in Betracht kommen soll, allein nach dem heutigen Gerichtsgebrauch pflegen bey dem Holzdiebstahl in Ermangelung der Landesgesetze, die gemeinen Grundsätze, die überhaupt von Diebstählen gelten, statt zu finden, und darnach die Strafe bestimmet zu werden [r]).

Es ist nicht unwahrscheinlich, daß die bey den alten Deutschen angenommenen Grundsätze, nach welchen besonders alle und jede Treulosigkeit verhaßt war, zu derjenigen Vorschrift der peinlichen Gerichts-Ordnung eine starke Veranlassung gegeben haben, nach welcher diejenigen, die mit eines andern Güthern, die ihnen in gutem Glauben zu verwahren gegeben sind, williger und gefährlicher Weise, dem Gläubiger zu Schaden, handeln, den Dieben gleich bestrafet werden sollen [s]). Nach dem Gerichtsgebrauch pfleget inzwischen in dem gegen-

o) Stissers Forst- und Jagd-Historie der Teutschen, Jen. 1737.

p) Art. 168. P. G. O.

q) *L. 2.* und *7. de arb. furt. caesar.*

r) KRESS *ad art. 168.* CC. *de* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 83. Obs. 1.*

s) Art. 170. P. G. O.

gegenwärtigen Fall die geschehene Vergleichung mit den Dieben gewöhnlich nur Verhältnißmäßig angenommen, und daher nach der Grösse des Vorsatzes, des verursachten Schadens und anderer gravirender Umstände, nicht sowohl auf die Todes- als vielmehr auf eine Leibesstrafe erkannt, auch solche, bewandten Umständen nach, gemildert und sodann nur auf Gefängniß, Geldbusse, Absetzung vom Dienst, und andere gemäßigte Strafen erkannt zu werden [t]).

Wenn gleich nach der bekannten deutschen Paroemie, **der Hehler ist so gut, als der Stehler**, diejenigen, die auf irgend einige Art zu der Entstehung einer Missethat etwas beygetragen hatten, den eigentlichen Thätern in der Bestrafung gleich geachtet wurden [u]), so macht dennoch der Kaiser Karl der Fünfte die gegründete Einschränkung, daß bey einer den Missethätern geleisteten Hülfe und Förderung allemahl auf die Grösse und Beschaffenheit derselben gesehen, und darnach die Strafe am Leibe oder Leben bestimmet werden solle [x]). Der Gerichtsgebrauch bleibet ebenfalls bey der ausdrücklichen Vorschrift der Gesetze, und pfleget daher die Theilnehmer und Beförderer der Missethaten nur in sofern den eigentlichen Thätern und Urhebern in der Bestrafung gleich

t) Struben im 2ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 94. Meister in den rechtl. Erkenntnissen in peinl. Fällen *Dec.* 20. *n.* 19. *Dec.* 67. *n.* 20.

u) HEINECCIUS *c. l. lib.* 2. §. 54.

x) Art. 177. P. G. O.

gleich zu achten, als sich entweder die Theilnehmung und Beförderung auf einer vorgängigen Conspiration gründen, oder auch von einer solchen besonderen Beschaffenheit seyn sollten, daß ohne dieselbe die begangene Missethat überall nicht hätte zu Stande kommen können, und überdieß das Verbrechen an sich nicht von der Beschaffenheit ist, daß solches mehr dem Thäter, als den blossen Theilnehmern und Beförderern zuzurechnen ist [y]).

Die Poena talionis, die Kaiser Karl der Fünfte dem Hüter des Gefängnisses, der einen Gefangenen vorsätzlicher Weise entkommen läßt, bestimmet [z]), ist zwar an sich den alten deutschen Gesetzen nicht zuwider [a]), inzwischen darin von den letzteren abstimmend, daß nach der peinlichen Gerichts-Ordnung zu ihrer Anwendung der Vorsatz erfordert wird. Der Gerichtsgebrauch kommt nur in soferne mit dem Buchstaben des Gesetzes überein, daß bey der Bestimmung der Strafe des Gefangenwärters auf diejenige, die wahrscheinlich

y) Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 54 — 60.

z) Art. 180. P. G. O.

a) Das Schwäb. Landr. Cap. 120. "wer sich der "gefangenen Leute unterwindet, daß er ihr hüten "soll und hüten will, und entrinnen sie ihm, er soll "sie wieder suchen, und fahen, ob er mag, und mag "er ihr nicht wieder antworten, er soll allen den "Schaden, und alle die Buß leiden, die jener lei"den solt, der ihm entrunnen ist."

lich den Entflohenen getroffen hätte, zwar Betracht genommen, inzwischen nicht eben dieselbe ganz genau erkannt zu werden pfleget. Ein Gefangenwärter, der einen Verbrecher vorsätzlicher Weise aus seinem Gefängniß entkommen läßt, wird heutiges Tages nur sodann am Leben bestrafet, wann die vorsätzlicher Weise bewirkte Freyheit des Gefangenen dem Staat gefährlich geworden [b]).

Das Schleifen zur Gerichtsstätte ist eine alte Gewohnheit, sowohl in, als ausser Deutschland [c]), die daher Kaiser Karl der Fünfte an verschiedenen Stellen seines Gesetzbuches als eine Art der Schärfung der Todesstrafe bestättiget [d]). Ausser den nahmentlich beschriebenen und bestättigten Fällen pfleget heutiges Tages die Todesstrafe nach dem Ermessen vernünftiger Richter durch ein Schleifen zur Gerichtsstätte geschärfet zu werden, wenn entweder ein besonderer Grad der Bosheit, oder die Grösse des verursachten Schadens, oder der Zusammenlauf mehrerer Verbrechen, oder auch die Wiederholung die begangene Missethat graviret, und es pfleget sodann damit das Reissen mit glüenden Zangen gewöhnlich verbunden zu werden [e]).

Kaiser

b) KRESS und BOEHMER *ad art. 180. CC.*

c) Doepler im Schauplatz der Leib- und Lebensstrafen Cap. 21.

d) Art. 124. 130. 137. 193. P. G. O.

e) *de* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 128. Obs. 8.*

Kaiser Karl der Fünfte beståttiget sowohl die Strafe des Abschneidens der Zunge [f]) und der Ohren [g]), als des Ausstechens der Augen [h]). Allein, diese Strafen, die ehemahls in Deutschland und bey andern Vólkern zum theil üblich waren, sind heutiges Tages ausser aller Anwendung, und pfleget an deren Statt gewöhnlich auf eine andere verhåltnißmåßige Strafe erkannt zu werden [i]).

Die Aushauung mit Ruthen war sowohl bey den Römern, als auch bey den Deutschen, gewöhnlich.

f) Diese wurde wegen einer begangenen Gotteslåsterung in vermeynter Beystimmung der Reichsgesetze zuweilen erkannt. *de* BOEHMER *ad art. 198. CC.* Es ist inzwischen die Strafe des Abschneidens der Zunge, ob sie gleich in der peinlichen Gerichts-Ordnung Art. 198. beståttiget worden, heutiges Tages völlig ausser Gebrauch.

g) Art. 123. P. G. O. Das Abschneiden der Ohren war nach dem Zeugniß des Doeplers a. O. Cap. 44. auch eine Strafe der Wilddiebe, so wie man ehedem diejenigen, die im Kriege waren gefangen worden, auf eine so unmenschliche Art zu schånden pflegte. Heutiges Tages ist diese Strafe völlig ausser Gebrauch, und pfleget auch wegen böslicher Kuppeley, weshalb sie nach den Gesetzen eigentlich statt haben soll, nicht mehr erkannt zu werden, s. Grundsåtze des deutschen peinlichen Rechts §. 521.

h) Art. 159. P. G. O. Auch diese Strafe, die Kaiser Karl der Fünfte, bewandten Umstånden nach, wegen eines gefåhrlichen Diebstahls erkannt wissen will, und die bey andern Vólkern auch des Ehebruchs, des Strassenraubes und anderer Verbrechen wegen statt fand, ist nunmehr völlig ausser Gebrauch.

i) *Arg. L. 17. C. de poen.* KRESS *ad art. 159. CC.*

lich. Bey den letzteren wurde diejenige Art be- besonders für die schändlichste geachtet, die mit der decaluation, oder Beraubung der Haare verbunden war [k]). Obwohl die peinliche Gerichts-Ordnung das Aushauen mit Ruthen bey verschiedenen Verbrechen als eine gewöhnliche Leibesstrafe bestättiget [l]), so pfleget gleichwohl nach dem Gerichtsgebrauch an deren Statt die Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten erkannt [m]), oder auch jene wenigstens mit dieser verbunden zu werden [n]).

Um entflohene Verbrecher von ihrer unternommenen Flucht zurück zu bringen, sollen besonders nach der peinlichen Gerichts-Ordnung die hinterlassenen Güther derselben in Gegenwart einiger nahen Blutsfreunde aufgezeichnet werden [o]). Obzwar auch bey den alten Deutschen die Güther derjenigen Verbrecher, die sich auf der Flucht befanden, in Beschlag genommen, und, wenn sie demnächst in die Oberacht fielen, gar eingezogen wurden, so ist gleichwohl die heutiges Tages annoch gewöhnliche Aufzeichnung der Güther der Verbrecher sowohl in Absicht der Art und Weise, als des damit intendirten Endzwecks, von jener Beschlag-

k) *de* BOEHMER *ad art. 198. CC. §. 2.*

l) Art. 115. 159. 198. P. G. O.

m) WERNHER *P. 5. Obs. 151.* HARPRECHT *Dec. 1. n. 32.* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 129. Obs. 2.*

n) BROCKES *Obs. 606.* Schmidts öffentliche Rechtssprüche *n.* 118.

o) Art. 206. P. G. O.

Beschlag-Verfügung bey den alten Deutschen gar sehr unterschieden [p]).

Weil nach dem Römischen Recht nach Ablauf von dreyßig Jahren [q]), und nach deutschen Rechten innerhalb Jahresfrist [r]), gestohlne Sachen als verjähret angesehen wurden, Kaiser Karl der Fünfte aber es in aller Absicht für unbillig erkannte, daß der Bestohlne wegen der Länge der immittelst verflossenen Zeit seines Eigenthums verlustig gehen sollte, so verordnete derselbe ungezweifelt in Rücksicht auf die bemeldeten Vorschriften insbesondere: **und kann an solcher gestolner, oder geraubter Habe durch eynige Lenge der Zeit keyn gewer ersessen werden** [s]).

Obgleich des Kaisers Karl des Fünften Absicht [t]) mit den erlaubten Feyerlichkeiten bey Errichtung

p) *de* BOEHMER *ad art. 206. CC.* WERNHER *P. 9. Obs. 51.*

q) *L. 7. C. de vsucap. pro emto. L. 7. C. vnde vi. L. 4. C. de praescr. 30. vel 40. ann. Nouell. 119. c. 7.*

r) Das Sächs. Landr. *L. 2. art. 31. 37.* WERNH. *P. 8. Obs. 431.*

s) Art. 209. Es können zwar scheinbare Zweifel darüber gemacht werden, ob in dem angezogenen Artikel auch auf dasjenige, was in den deutschen Rechten zum besten des Gerichts verordnet war, Beziehung gemacht werde; inzwischen läßt sich aus der in allgemeinen Ausdrücken abgefaßten Vorschrift des Art. 209. P. G. O. nicht anders vermuthen, als daß Kaiser Karl der Fünfte sowohl die eine, als die andere Art der Verjährung, in Absicht gestohlner Güther aufgehoben habe. *de* BOEHMER *ad art. 209. CC.*

t) Art. 215. P. G. O.

richtung und Ausbesserung eines neuen Galgens vorzüglich wohl dahin gegangen ist, um die Arbeiter dadurch von allem etwa zu besorgenden schimpflichen Vorwurf ihrer Amtsgenossen zu befreyen, so hat es gleichwohl keinen Zweifel, daß der Kaiser darin wohl ebenfalls die alten Gewohnheiten der Deutschen, nach welchen sowohl die Hegung der Blutgerichte, als die Errichtung der Malplätze, mit vielen Feyerlichkeiten verbunden waren, vor Augen gehabt habe. Der Gerichtsgebrauch bleibet nicht allein bey demjenigen, was der Kaiser hierin vorgeschrieben hat, sondern pfleget auch sodann, wenn von der Errichtung und Ausbesserung der Pranger, der Brand- und Radpfähle und anderen öffentlichen Gerichtsplätzen die Rede ist, ein gleiches zu beobachten [u]).

Die Ueberschrift des Art. 218. P. G. O. giebet schon zu erkennen, daß der Kaiser in demselben auf verschiedene in Deutschland eingeschlichene Misbräuche sein Augenmerk richte. Nach meiner jetzigen Absicht genüget mir, solches nur zu bemerken, da aus allen demjenigen, was bishero mit mehrerem ausgeführet worden, die Wahrheit des Satzes, daß die peinliche Gerichts-Ordnung auf die ehemahligen deutschen Gewohnheiten eine gar starke Beziehung habe, auch ohne genugsame Kenntniß und Anwendung derselben nicht füglich zu erklären stehe, sich zur Genüge ergiebet.

u) Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 789.

VIII.

VIII.

Worauf die Certioration bey weiblichen Bürgschaften insbesondere gerichtet seyn müsse?

Obwohl die von Frauenspersonen übernommenen Bürgschaften an sich und der Regel nach ungültig sind [a]), so will dennoch ein nicht mehr in Zweifel zu ziehender Gerichtsgebrauch, daß sie wenigstens sodann für rechtsbeständig, mithin für verbindlich, angesehen werden müssen, wenn eine Bürgin nach vorher empfangenen genugsamen Unterricht von ihren weiblichen Gerechtsamen, insbesondere von dem Senatus Consulto Vellejano und der Authentica si qua mulier, sich der bemeldeten Rechtswohlthaten begeben hat [b]). Die allermehrsten Rechtslehrer stimmen inzwischen darin überein, daß eine solche Begebung ohne vorhergegangenen genugsamen Unterricht und Kenntniß derselben nicht einmahl dann als gültig angesehen werden könne, wenn sie gleich in einem feyerlichen Instrument vor Notarien und Zeugen geschehen [c]), oder gerichtlich, oder gar mittelst cörperlichen Eydes, bestättiget seyn mög-

 te

a) *Tot. Tit. Digest. ad SCtum Vellejan.*

b) CARPZOV. *in Iurispr. forens.* P. 2. Def. 19. MEV. P. 7. Dec. 231.

c) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 3. *Th.* 8. *n.* 8.

te [d]). Diese Grundsätze, nach welchen zu einem gültigen Verzicht auf zuständige weibliche Rechte die vorgängige Certioration erfordert wird, rechtfertigen von sich selbst. Denn eines theils stehet von keinem vernünftigen Menschen zu vermuthen, daß er sich im wahren Ernst gewisser ihm gebührender Rechte, von denen er gleichwohl zur Zeit des geleisteten Verzichts keine hinreichende Kenntniß gehabt hat, habe begeben können und wollen; andern theils ist bey Frauenspersonen, wegen ihrer gewöhnlichen Lebensart, der Mangel an Rechtskenntnissen, in Beystimmung der Gesetze [e]), billig zu vermuthen. Diese Nothwendigkeit schildert der seel. Vice-Cantzler Strube [f]) sehr wohl, wenn er folgendergestalt schreibet: "nicht alle "Frauen wissen, was sie thun, wenn sie sich ver-"schreiben. Man macht dieselben glaubend, es "sey ihre Schuldigkeit, sich dergestalt zu verbin-"den, wie begehret wird. Wenn man sie von "dem Gegentheil gründlich unterrichtete, so be-"dächte sich manche, einen ihr so nachtheiligen "Schritt zu thun. Ohne Erklärung der lateini-"schen Worte bleibet denenselben nicht nur unbe-"kannt,

d) STRYCK *in Cautel. Contract. Sect. 2. cap. 6. §. 4.* Die gegenseitige Meynung, oder, daß die geschehene eydliche Begebung der weiblichen Rechte den etwanigen Mangel der vorgängigen Certioration ersetze, behauptet GAIL *Lib. 2. Obs. 77. n. 9.*

e) *L. 6. §. 5. D. de edendo. L. 9. D. de Iur. et fact. ignorant.*

f) In den rechtl. Bedenken im 2ten Theil *n. 76.* §. 2.

"kannt, was für einer Wohlthat sie entsagen, "sondern auch, daß ihnen die Rechte eine solche "beylegen und dessen Wissenschaft macht die der "Verschreibung einverleibte Eydesformel keines "Weges glaublich."

So übereinstimmend nun zwar die meisten Rechtslehrer in ihren Meynungen hierüber zu seyn pflegen, so sehr nachgebend bezeigen sich gleichwohl viele, wenn es auf die Beantwortung der Frage: Auf welche Art und Weise die Certioration eigentlich geschehen müsse, und unter welchen Umständen sie für rechtsbeständig anzusehen sey? ankommt. Denn, so will unter andern Mevius [g]), daß sie als würklich geschehen, billig vermuthet werden müsse, wenn eine sich verbürgende Frauensperson in dem Instrument ausdrücklich bezeuget, daß sie entweder von ihrem Litis Curatore, oder von einem andern Rechtsgelehrten, wegen ihrer zuständigen weiblichen Rechte genugsamer Unterricht empfangen habe. Andere nehmen diese Vermuthung wenigstens sodann an, wenn die Bürginn entweder in deutscher, oder in einer andern ihr verständlichen Sprache, auf ihre weiblichen Rechte, etwa mit folgenden Ausdrücken: Ich entsage der Rechtswohlthat, welche der Weiber Bürgschaft für ungültig erkläret, Verzicht gethan [h]).

g) *P. 7. Dec. 231. n. 4. 5.*

h) STRYCK *c. l. Sect. 1. cap. 5. §. 7.* Schmidts öffentliche Rechtssprüche im zwoten Abschnitt *n. 33.*

Noch weniger pfleget es von vielen für bedenklich gehalten zu werden, daß nicht sodann der Verzicht auf weibliche Rechte überhaupt genüge, mithin die Bürgin aus ihrer übernommenen Bürgschaft verbunden sey, wenn sie bey der Begebung ihrer weiblichen Rechte eine besondere Erklärung, als das Merkmal einer gehabten genugsamen Kenntniß, hinzufüget und sich etwa folgender Ausdrücke bedienet: "Ich entsage dem Senatus "Consulto Vellejano und der Authenticae si qua "mulier, Kraft welcher sich sonst sowenig eine "Frau für ihrem Mann, als für einen Fremden "gültiglich verschreiben kann„ [i]). Indessen verdienet die erstere Meynung, nach welcher die Certioration, als würklich geschehen zu vermuthen ist, wenn die Frau in einem Instrument bloß dieses, daß sie genugsamen Unterricht von ihren zuständigen weiblichen Rechten vorher empfangen, bezeuget hätte, gleichwohl aber nicht bekannt wäre, unter welchen Umständen derselbe würklich erfolget, keinen Beyfall. Denn eben darum erklären die Gesetze vorzüglich die von Frauenspersonen übernommenen Bürgschaften für ungültig, weil jene bey ihrer gewöhnlichen Schwäche nur gar zu leicht durch Ueberredungen und falsche Vorstellungen von der Sache zu solchen Entschlüssen, welche die nachtheiligsten für ihre zeitliche Glückseligkeit sind, gebracht werden können [k]); und eben darum, damit man mit völliger Sicherheit

i) LEYSER *Spec. 170. n. 2.*

k) *L. 2. §. 2. ad SCtum Vellejan.* Struben a. O.

Sicherheit darüber urtheilen könne, ob ihre Bürgschaft sich nicht sowohl auf einem flüchtig gefaßten Entschluß, als vielmehr auf einer vorgängigen genugsamen Ueberlegung gründe? erfordern sie, daß die Verzichtleistung in einem feyerlichen Instrument, oder in eines Notarii und zweyer Zeugen Gegenwart, geschehen solle [l]).

Aus allem bisher angeführten läßt sich nun die allgemeine Folge ziehen, daß es in keine Wege für eine gleichgültige Sache zu halten sey, unter welchen Umständen eine sich verbürgende Frauensperson von ihren zuständigen Gerechtsamen Unterricht empfangen habe, und daß demnach nicht sowohl die blosse Begebung der weiblichen Rechte, als vielmehr die Art und Weise, unter welcher sie erfolget sey, in vorzüglichen Betracht komme. Denn finden sich von den Umständen, unter welchen die Verzichtleistung geschehen ist, keine actenkündige Beweise, so verdienet das blosse Geständniß der Bürgin in dem Instrument, daß sie vor dem gethanen Verzicht von ihren weiblichen Rechten genugsamen Unterricht empfangen habe, keine Aufmerksamkeit und sie ist auf einer Voraussetzung der Verzichtleistung rechtsbeständig nicht zu verurtheilen.

Bedenk-

l) *L. 23. §. 2. C. ad SCtum Vellejan.* Den heutigen Gebrauch dieses Gesetzes vertheidigen TITIVS *in Iur. priuat. Lib. 5. cap. 18. §. 5.* BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 3. Tit. 3. Th. 8. n. 1.* Es halten inzwischen andere die Verzichtleistung überhaupt für völlig rechtsbeständig, wenn solche mittelst Eydes bestärket ist, s. Struben in dem 2ten Theil der rechtl. Bedenken *n. 76.*

Bedenklicher scheinet dagegen freylich der andere Fall zu seyn, wann eine Bürgin, entweder in deutscher, oder in einer andern derselben verständlichen Sprache, sich ihrer weiblichen Gerechtsamen begeben und zugleich, daß sie davon vorher genugsamen Unterricht empfangen, bekannt, oder auch bey der in lateinischen Ausdrücken abgefaßten Verzichtleistung auf das Senatus Consultum Vellejanum und die Authenticam si qua mulier, die Erklärung zugleich in deutscher Sprache zum Zeichen ihrer habenden genugsamen Kenntniß hinzugefüget hätte. Sowenig unter diesen Umständen die Gültigkeit der übernommenen Bürgschaft an und für sich in Zweifel zu ziehen ist, sowenig stehet doch von einer vorhandenen Kenntniß der weiblichen Rechte bey Bürgschaften, auf eine vollständige und genugsame Wissenschaft der eigentlichen Verbindlichkeit selbst, die durch die Bürgschaft übernommen worden, ein gültiger Schluß zu machen. Denn, da die Gesetze bey Frauenspersonen die Unwissenheit der Rechte vermuthen, so kann es nicht genügen, daß ein sich verbürgendes Frauenzimmer von diesen und jenen Dingen beweislich einige Kenttniß gehabt habe, wenn an dem Daseyn einer genugsamen Wissenschaft in andern ebenfalls erheblichen Dingen zu zweifeln ist, oder solche wenigstens nicht zu beweisen stehet. Es kann daher niemahls, um eine Frauensperson zu demjenigen, wozu sie sich für andere verbunden hat, anzuhalten, genügen, daß dieselbe bey der Uebernahme der Bürgschaft erweislich gewußt, welche Rechte ihr

in

in Absicht derselben zustünden, wenn sie im übrigen wegen des eigentlichen Inhalts der übernommenen Verbindlichkeit selbst unwissend geblieben seyn sollte. Meinem wenigen Bedünken nach ist daher eine Bürgschaft, die nach vorhergegangener Erklärung und unter allen gewöhnlichen Formalitäten übernommen worden, dennoch zu Recht nicht beständig, wenn nicht zugleich alle und jede Puncte, woraus die übernommene Verbindlichkeit bestehet, ihren Eigenschaften und Folgen nach der Bürgin zugleich verdeutlichet worden und ich halte mit Grunde dafür, daß bey dem Mangel einer solchen Verdeutlichung eine Frauensperson sich dennoch auf ihre Unwissenheit, in soferne das Gegentheil nicht bewiesen ist, berufen könne, wenn sie gleich von ihren zuständigen Rechten wegen Uebernahme einer Bürgschaft genugsamen Unterricht vorher empfangen hätte. Diese Sätze können um so weniger erheblichen Zweifeln unterworfen seyn, als es an sich ausgemachten Rechtens ist, daß eine jede Bürgschaft stricte zu erklären und daher von dem bewiesenen Daseyn einer Verbindlichkeit auf das Daseyn einer andern, deren bey der allgemeinen Uebernahme keiner ausdrücklichen Erwähnung geschehen, nicht geschlossen werden könne [m]). Eine Frauensperson demnach, die zum Vortheil ihres Ehemannes in eine Cession ihrer Maternorum eingewilliget, auch dem Senatus Consulto Vellejano und der Authenticae

m) LEYSER *Spec. 524. n. 1. 2.* HERING *de fideiuss. cap. 2. n. 30.* BERGER *Oecon. Iur. L. 3. Tit. 3. Th. 2.*

thenticae si qua mulier entsaget hat, macht sich dadurch nicht sofort zur Leistung der Gewähr wegen der cedirten, oder abgetretenen Stücke verbindlich, in soferne das Gegentheil nicht actenkündigermassen anderweit bewiesen seyn mögte. Eben sowenig würde eine Frauensperson, die sich für die Bezahlung einer Wechselschuld unter allen nur möglichen Rechts-Formalitäten verbindlich gemacht hätte, in Ermangelung einer ausdrücklichen Einwilligung des Gegentheils, nach Wechselrechten, die etwa an dem Ort gelten, zu beurtheilen seyn. Ein gleiches gilt auch von einer Frauensperson, die sich für die Bezahlung einer hypothecarischen Schuld rechtsbeständig verbürget hat. Denn wider dieselbe hat die Anstellung einer hypothecarischen Klage nicht statt, wann sie lediglich die Bezahlung der Forderung selbst, ohne sich weiter um deren Eigenschaft zu bekümmern, versprochen, und dabey nicht insbesondere eine Hypothek verschrieben hätte.

Aus den bisher angeführten Grundsätzen ergiebet sich von selbst die practische Regel: Daß man es bey weiblicheu Bürgschaften niemahls lediglich dabey bewenden lassen müsse, einer sich verbürgenden Frauensperson bloß den eigentlichen Inhalt des Senatus Consulti Vellejani und der Authenticae si qua mulier zu erklären, ohne zugleich die Puncte, woraus die übernommene Verbindlichkeit bestehet, insbesondere durchzugehen und solche der Bürgin ebenfalls zu verdeutlichen. Denn, obzwar in jenem Fall die Gültigkeit der

Bürgschaft an und für sich selbst nicht zu bezweifeln stehet, so ist doch von denjenigen Puncten, worauf sich die Bürgschaft beziehet, keines Weges ein gleiches zu sagen, im Fall die Bürgin deshalb ebenfalls nicht insbesondere certioriret seyn sollte. Noch weniger aber kann eine Bürgin bey der nach vorgängiger Certioration erfolgten Begebung ihrer weiblichen Rechte zur Erfüllung derjenigen Puncte, deren die Cautions-Notul nicht insbesondere erwähnet, und von deren gehabten Kenntniß kein actenkündiger Beweis vorhanden ist, angehalten werden, wenn sie gleich in dem Contract selbst, zu dessen Festhaltung sie sich überhaupt und im Allgemeinen verbindlich gemacht hatte, enthalten seyn sollten.

IX.

Ob und in wieferne ein Denuntiant zu den Kosten der Inquisition gehalten sey?

Wann sich ein peinliches, oder anderes Verfahren auf einer vorgängigen Rüge, oder Denuntiation allein gründet, so sind vornämlich zwey Fälle von einander zu unterscheiden, ob der Denuntiant zugleich der Beleidigte, oder sonst ein an dem Ausgange der Sache besonderes Interesse habender Theil sey, oder nicht. Im ersten Fall hat der Denuntiant sich sowohl auf der einen Seite in Acht zu nehmen, daß er nicht in einem mit Mühe, Kosten und Gefahr verbundenen Anklagsproceß verwickelt werde, als auf der andern Seite diejenigen Vörtheile nicht verliere, die einem Denuntianten unter den beschriebenen Umständen zu statten kommen. Diejenigen Vortheile aber insbesondere, die mit der angeführten Art der Denuntiation verbunden sind und die Vorzüge, die sie für eine förmliche Anklage hat, sind von verschiedenen Rechtslehrern [a]) umständlich, von mir aber Auszugsweise an einem andern Ort, angeführet

a) SCHILTER *Ex. 21. §. 17.* SCHAVMBVRG *princip. prax. Iurid. c. 1. §. 2. 3.* WERNHER P. *6. Obs. 302.* BECKER *Diss. de tertia specie process. mixti seu denuntiat. eiusque indole et different. a process. tam ciuil. quam criminal. Rost. 1759.*

angeführet worden [b]). Ohne mich also darauf weiter insbesondere einzulassen, will ich nur im Allgemeinen bemerken, daß ein Denuntiant, sowohl in der einen, als in der andern Bedeutung, zu der Cautions-Leistung eines sonstigen Anklägers nicht gehalten sey [c]), noch weniger aber den Beweis seiner gemachten Anzeige übernehmen dürfe. Man pfleget vielmehr zufrieden zu seyn, wenn er entweder durch Anführung glaubwürdiger Umstände seine Rüge wahrscheinlich und scheinbar zu machen im Stande ist [d]), oder auch die Richtigkeit derselben mittelst cörperlichen Eydes erhärtet.

Diejenigen Kosten insbesondere, welche nach erhobener Rüge, entweder der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens halben, oder der Verpflegung und sichern Aufbewahrung des Angeschuldigten wegen erfordert werden, müssen von dem Gericht, das die Inquisition hat, von Amtswegen bestritten werden [e]) und es kann nur alsdann, wann der Angeschuldigte schuldig befunden, oder durch Urthel und Recht in die Kosten verurtheilet

b) Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Zwote Auflage §. 810.

c) MEV. *P. 1. Dec. 41.*

d) RICHTER *de probabilitat. ex argument. quae profert denuntians rite determinanda, Alt. 1743.*

e) Art. 47. 61. 154. 176. 204. 219. P. G. O.

theilet wird, solche von ihm wieder fordern, in soferne er dazu nach der Beschaffenheit seines Vermögens im Stande ist[f]). Unter keinen Umständen inzwischen und ohne zu unterscheiden, ob das besondere Interesse des Denuntianten bey dem Proceß mit einschlage, oder nicht, stehet demselben mit Grunde und der Regel nach anzumuthen, entweder zu einer der Bestrafung halben angestellten Untersuchung, oder zu demjenigen, was etwa die Verpflegung des Angeschuldigten erfordert, Beyträge an Kosten zu leisten [g]). Dieser allgemeine Satz kann auch sodann keinen Einschränkungen unterworfen seyn, wenn der Denuntiant etwa bey der erhobenen Rüge sich gleich Anfangs, oder auf ein gesetzwidriges Verlangen des Gerichts, entweder bloß zu der Verpflegung des Angeschuldigten, oder auch wohl gar zu den Kosten der Inquisition freywillig verstanden haben sollte. Denn, obzwar freylich ein Denuntiant, der sich zu diesen, oder jenen Kosten, die von ihm im Wege Rechtens nicht gefordert werden konnten, freywillig verstanden hat, solche nachhin nicht wieder zurückfordern kann, so bleibet er dennoch allerdings dazu befugt, die beschriebenen Kosten, wenn er sie beweislich wider Willen und lediglich auf Verlangen des inquirirenden Gerichts bezahlen müssen, wieder zurück zu verlangen.

Unter

f) Art. 61. 153. P. G. O.

g) BECKER *c. l.* §. 15. Carrach in den rechtl. Anmerkungen von der Schuldigkeit die Kosten einer Inquisition zu tragen, Halle 1774.

Unter keinen Umständen und ohne zu unterscheiden, ob der Denuntiant gewisse Kosten, welche entweder das gerichtliche Verfahren, oder die Verpflegung und Aufbewahrung des Angeschuldigten erfordert hat, freywillig hergegeben habe, oder nicht, läßt sich inzwischen die Allgemeinheit des Satzes, daß, weil der Denuntiant zu einem, oder mehrerenmahl diese, oder jene Kosten zur Führung der Inquisition hergegeben hat, er nun auch während der ganzen Untersuchung und bis zum endlichen Spruch in der Sache zu allen ähnlichen gehalten werde, behaupten. Denn, da angeführtermassen ein Denuntiant zu den Kosten, welche die Untersuchung, die Verpflegung und Aufbewahrung des Inculpaten erfordert, an sich nicht gehalten ist, so wird zur Annahme des Gegentheils seine ausdrückliche Erklärung und Einwilligung um so mehr erfordert, als bekannten Rechten nach zu einer Entsagung, oder Begebung zuständiger Gerechtsame in keine Wege blosse Muthmassungen und Anzeigen hinreichen, sondern gründliche Beweise erfordert werden. Diese Sätze können auch um so weniger gegründeten Zweifeln unterworfen seyn, als es sogar einem jeden Ankläger bey dem Mangel der Calumnie frey stehet, während des Processes und vor erfolgtem endlichen Spruch seine Anklage schwinden zu lassen, folglich sich dadurch aller ferneren Kostenbeyträge zu entledigen, wenn er vielleicht in der Folge von der Fehlsamkeit derjenigen Gründe, die ihn anfänglich zur Anstellung der Anklage vermogt hatten, überzeuget würde, oder

es auch sonst nicht weiter gerathen fände, seine Anklage fortzusetzen [h]).

Wann nun angeführtermassen ein Denuntiant nicht einmahl auf dem Fall, da er durch bereits würklich geleistete Beyträge sich gleichsam stillschweigend zur Bezahlung der Inquisitions- und Atzungskosten während der ganzen Inquisition verbindlich gemacht hat, wider Willen bis zu der erfolgten Endurthel gehalten wird, so kann er dazu noch weniger sodann angehalten werden, wenn bereits eine Endurthel erfolget ist und Inhalts derselben noch wider gewisse Mitschuldige, oder wider gewisse Hehler und Beförderer verfahren wird. Denn, in solchen Fall würde er nicht weiter zu Kostenbeyträgen gehalten seyn, wenn man gleich daher, daß er anfänglich die Kosten freywillig hergeschossen, eine Art der Begebung der ihm sonst zuständigen Rechte mit Grunde folgen könnte. Allen vernünftigen Regeln der Erklärung würde es vielmehr zuwider seyn, einem Denuntianten seine bisherige Bereitwilligkeit in Bezahlung der Kosten dergestalt nachtheilig auslegen zu wollen; daß er nun auch noch nach erfolgter Endurthel und da Inhalts derselben wider die Mitschuldigen und andere Hehler annoch verfahren wird, die dazu nöthigen Kosten bezahlen müsse. Es leiden auch diese Grundsätze sodann keine Ausnahme, wenn

h) *Arg.* Art. 214. P. G. O.

wenn gleich der Angeschuldigte die ihm durch die Urthel zuerkannte Strafe nicht sofort leiden, sondern die Vollziehung derselben bis zu dem geendigten Verfahren wider die Mitschuldigen verschoben werden mögte. Denn, da einen Denuntianten, in soferne er nicht zugleich ein eigentlicher Ankläger ist, das peinliche Verfahren und die Strafe des Verbrechers und seiner Mitschuldigen nicht im mindesten interessiret, so ergiebet sich auch daraus von selbst die Folge, daß der nach erfolgter Endurthel geleistete Kostenbeytrag, in soferne solcher nicht lediglich auf das besondere Interesse des Denuntianten abzwecket, an sich gesetzwidrig sey, folglich als ein eigentliches Indebitum angesehen und daher mit Rechtsbestande der Regel nach wieder gefordert werden könne.

Obwohl es nun Inhalts der bisher angeführten Grundsätze keinem Zweifel unterworfen ist, daß ein Denuntiant, der seine Rüge, entweder auf richtig befundene Umstände und Anzeigen gründet, oder auch solche wenigstens eydlich bestärket hat, in Ermangelung genugsamer Beweise der Calumnie, von allen Kostenbeyträgen frey zu sprechen sey [i]); so sind dennoch gewisse Fälle, in welchen der Satz, daß ein Denuntiant sowenig zu den Kosten der Inquisition, als der Atzung gehalten sey, Ausnahmen und Einschränkungen zuläßt. Denn, wann er der Lügen, oder, daß er

i) WERNHER P. 8. Obs. 307. Carrach a. O.

er einen unschuldigen Menschen boshafter Weise in einen inquisitorischen Proceß verwickelt habe, überführet würde, so ist er nicht allein zu den Kosten, welche die Atzung und Inquisition erfordert hat, sondern auch zur Ersetzung aller gewirkten Schäden, so, wie zur Leistung einer gerichtlichen Abbitte gehalten und überdieß nach richterlichem Ermessen am Leibe, oder sonst verhältnißmäßig zu bestrafen [k]). Diejenigen Grundsätze, die von einem boshaften Denuntianten gelten, sind auch auf einen Fiscal, der aus schändlicher Gewinnsucht, oder andern sträflichen Ursachen angebliche Laster und Verbrechen, die nirgends zu finden sind, fälschlicher Weise rüget und nachhin der Calumnie überwiesen wird, anzuwenden [l]). Ein solcher böser Fiscal soll besonders nach **Mecklenburgschen Rechten** [m]) ausser der Ersetzung aller Kosten nach Befinden an seinem Vermögen, oder sonst bestrafet werden. Es ist inzwischen der-

k) MEV. *P. 1. Dec. 41.* Eisenhart in dem 7ten Theil seiner Rechtshändel *n. 7.*

l) *de* BOEHMER *in Meditatt. ad CC. art. 204. §. 5.*

m) Der Landesgrundgesetzliche Erbvergleich §. 411. "Würden unsere Fiscäle jemanden ohne rechtmäßige Ursache actioniren, und der Angeklagte "von der Anklage losgesprochen; so sollen die Fiscäle in Fällen, da die Urtheln wider sie ausfallen, "keinen mehreren Favorem wegen Erstattung der "Unkosten, als andere Proceßführende Partheyen, "haben, auch wohl gar wegen des in ihrem Amt "begangenen Excessus nach Befinden mit Geld und "andern Strafen beleget werden."

derjenige, welcher Amts und Berufs halber einen gewissen Vorfall, den er nach den Umständen zu urtheilen, wahrscheinlich für ein Verbrechen halten müssen, gerüget hat, in keine Wege für einen boshaften Denuntianten zu halten. Derselbe ist sowenig zu bestrafen, als zu der Ersetzung der Schäden und Kosten, oder zur Leistung sonstiger Genugthuung, anzuhalten, wenn gleich der Angeschuldigte in der Folge von allem wider ihn vorhanden gewesenen Verdacht völlig frey gesprochen würde" n). Eben sowenig ist auch ein Fiscal, der lediglich auf Verlangen seiner vorgesetzten Obern verfahren, oder, der auf glaubwürdige Muthmassungen den Grund seiner Klage gebauet hat, zu der Wiederersetzung der Kosten und Leistung anderweitiger Genugthuung zu verurtheilen o).

Nach dem Gerichtsgebrauch muß ferner dann, wenn der in die Kosten verurtheilte Angeschuldigte, solche aufzubringen, nicht vermögte, der Denuntiant wenigstens diejenigen, welche lediglich die Erhaltung seiner Schadens-Ersetzung, oder seines sonstigen Privatinteresses betroffen haben, bezahlen p) und zwar ohne zu unterscheiden, ob der geschehene Kostenaufwand für den Denun-

 tianten

n) WERNHER *P. 6. Obs. 282.* Eisenhart in dem 2ten Theil der Rechtshändel *n. 3.*

o) LEYSER *Spec. 56. n. 6. 7.* *de* BOEHMER *ad art. 204. CC. §. 5.* ENGELBRECHT *Obs. 120.*

p) Art. 107. 157. 213. P. G. O.

tianten zur Erhaltung seines Privatinteresses vortheilhaft gewesen sey, oder nicht [q]).

In dem Fall, da sich die Rüge lediglich auf solche Verbrechen, die von Amtswegen nicht in Untersuchung gezogen werden, einschränket, hat es auch nach der Meynung der Rechtslehrer kein Bedenken, daß der Denuntiant in Ermangelung des Angeschuldigten, in Subsidium zur Bezahlung der Proceßkosten angehalten werden könne [r]).

q) Carrach a. O. §. 7.

r) Eisenhart in dem 7ten Theil der Rechtshändel *n. 20.* Meine Grundsätze §. 816. Weil inzwischen heutiges Tages ein Richter in Ermangelung eines Anklägers, der Regel nach, wegen eines jeden Verbrechens von Amtswegen verfahren muß Art. 214. P. G. O., so kann der angezogene Fall, in soferne nicht eine gesetzliche, oder durch den Gerichtsgebrauch bestättigte Ausnahme, da eines Verbrechens halben von Amtswegen nicht zu verfahren ist, bewiesen werden kann, nicht leicht vorkommen.

X.

Ob von der unterlassenen Anregung der zuständigen Compensation auf deren Begebung ein gültiger Schluß zu machen sey?

Zu den unbestrittenen Rechtswahrheiten gehören wohl unstreitig die Sätze, daß, obwohl nach dem heutigen Gerichtsgebrauch sonst andere Rechtsbehelfe nicht weiter für zuläßig geachtet werden können, wenn sie nicht sofort bey der Kriegsbefestigung, oder bey der Einlassung auf die Klage in Anregung gebracht worden [a]), die Exceptio compensationis, in soferne sie anders an sich begründet ist, gleichwohl den besonderen Vorzug habe, daß sie nicht allein nach geschehener Kriegsbefestigung, sondern sogar, da die Urthel bereits in die Rechtskraft getreten und die Sache selbst zur Execution stehet, noch angeführet werden könne [b]), auch ipso iure und auch sogar wider Willen des andern Theils geschehe [c]). Weil auch das Forum concursus

a) Der neueste Reichsabschied §. 37.

b) *L. 2. C. de compensat.* MEV. *P. 7. Dec. 202. n. 2.*

c) *L. 2.* und *8. D.* und *L. 4.* und *14. C. de compensat. §. 3. Inst. de act.* ZANGER *de except. P. 3. c. 8. n. 124.* Die Rechtslehrer wollen sogar, daß die eydliche Versicherung die Zahlung zu leisten, die exceptionem compensationis nicht aufhebe, in soferne

cursus eigentlich nur diejenigen Güther und Rechte des gemeinschaftlichen Schuldners an sich ziehen kann, die annoch zu dem Eigenthum des letzteren würklich gehören und die nicht anderweit mutuis petitionibus et debitis schon vor ausgebrochenen Concurse ipso iure aufgehoben worden, so ergiebet sich daher von selbst, daß die Compensation auch bey ausgebrochenen Concurse in Anregung gebracht werden könne [d]). Wenn daher die mutuae petitiones bereits vor entstandenen Concurs vorhanden gewesen, auch solches rechtsbeständig zu beweisen stehet [e]), so kann der Exceptioni compensationis der Umstand, daß gleichwohl der animus compensandi vor geschehener Cession nicht erkläret worden [f]), in keinen Betracht kommen [g]).

So

ferne sie anders aus einer neuen Schuld erwachsen. STRVV. *Ex. 21. Th. 27.* und daß die blosse Allegirung der Schuld, ohne der Compensation ausdrücklich zu erwähnen, genüge, um die letztere platzgreiflich zu machen. LAVTERBACH *in compend. Pandectar. L. 16. Tit. 2.*

d) CRAMER *Tom. 3. Obs. 977.* DORN *Diss. de compensat. in concursu creditorum.* MAJOHL *Comm de compensat. eiusque valida oppositione in concursu creditorum.* WALCH *de compensat. creditorum in concursu, Ien. 1770.*

e) BASTINELLER *in Progr. de requisit. compensat. creditorum in concursu, Viteb. 1748.*

f) Diese Meynung vertheidiget MEV. *P. 7. Dec. 127.* die aber von dem Herrn Consistorial-Director Reinhard im 2ten Stück der Sammlung juristischer, philosopischer und critischer Aufsätze geprüfet und widerleget worden.

g) PVFENDORF *Tom. 1. Obs. 79.* HOMMEL *Rhapsod.*

So ausgemachten Rechtens nun gleich die bisher angeführten Sätze sind, so scheinbar ist dagegen die Verneinung der Frage: Ob nämlich derjenige, der die Exceptionem compensationis, da er es gleichwohl hätte thun können, nicht in Anregung bringet, darauf in der Folge weiter irgend einigen Bezug machen könne [h])? Denn, obzwar angeführtermassen die Exceptio compensationis in den Rechten besonders privilegiret ist, und vor andere Rechtsbehelfe viele Vorzüge hat, auch ipso iure geschiehet, so setzet gleichwohl die würkliche Anwendung jener Exception die ausdrückliche Erklärung desjenigen, dem sie erweislich zu statten kommt, zum voraus [i]) und sie kann ohne eine solche Erklärung sowenig die rechtlichen Wirkungen einer geleisteten Zahlung, oder aufgehobenen Verbindlichkeit hervorbringen [k]), als der Richter,

Rhapsod. Quaest. in foro quotid. obuenient. neque tamen legib. decisar. Obs. 378. Es will zwar LEYSER *Spec. 173. n. 4.* daß auch ein solcher Gläubiger, der wahrscheinlich sein Geld aus dem Concurse erhalten wird, compensiren könne, wenn er etwas von den Sachen des gemeinschaftlichen Schuldners aus öffentlicher Auction erstehet und seine Schuld an sich richtig und scheinbar ist; allein, die gegenseitige Meynung ist angeführtermassen mehr gegründet und dem Gerichtsgebrauch auch angemessener. PHILIPPI *de subhast. c. 3. comm. 12. n. 55. seqq.*

h) VOET. *in Comm. ad Pandect. Lib. 16. Tit. 2. §. 3.*

i) L. 2. 6. 8. 10. D. L. fin. §. 1. C. de compensat. §. 39. I. de act. WESTENBERG *Principia Iuris Lib. 16. Tit. 2. §. 22.*

k) MEV. *P. 4. Dec. 161. n. 3. Dec. 195. n. 4. P. 7. Dec. 127. n. 4.* und *Dec. 242. n. 3.*

Richter, weil sie sich auf ein gewisses Factum beziehet, darauf von Amtswegen Betracht zu nehmen [l]) verbunden ist. Vermöge dieser Grundsätze gewinnet es das Ansehen, daß derjenige, der bey der geleisteten Bezahlung seiner gleichwohl habenden Gegenrechnung nicht erwähnet, der letzteren stillschweigend entsaget habe, folglich darauf weiteren Bezug zu nehmen nicht befugt sey. Allein, ob es gleich seine ungezweifelte Richtigkeit hat, daß es lediglich der eigenen Willkühr eines jeden überlassen bleibe, ob er abrechnen, oder seine Schuld bezahlen wolle und daher bey unterlassener Anregung der Exceptionis compensationis dieselbe von Gerichtswegen nicht suppliret wird, so ist dennoch bey näherer Prüfung von der unterlassenen Anregung der zuständigen Compensation auf die gänzliche Begebung derselben kein gültiger Schluß zu machen [m]). Es stehet vielmehr einem Gläubiger dem allen ohngeachtet nach der Regel frey, dasjenige, was er solchergestalt als ein wahres indebitum bezahlet hatte, nach der Beschaffenheit seiner Gegenforderung entweder gänzlich, oder doch zum theil, wieder zurück zu fordern, und wegen des auf solche Weise etwa unbezahltbleibenden eine besondere gerichtliche Klage zu erheben [n]). Diese Sätze sind um so weniger gegründeten

l) *L. vn. C. quae desunt aduoc.* WESENBEC. *in Pandect. L. 16. Tit. 2. §. 8.*

m) MASCARD *de probat. concl. 1266.*

n) *L. 10. §. 1. de compensat.* v. si quis igitur compensare potens soluerit, condicere poterit, quasi indebito

gründeten Einwendungen unterworfen, als nicht allein eine jede würkliche, oder anscheinliche Begebung zuständiger Rechte stricte zu erklären, sondern auch nach dem Zeugniß der Rechtslehrer die Exceptio compensationis dadurch nicht einmahl als aufgehoben angesehen zu werden pfleget, wenn gleich einer, da schon ein mutuum creditum und debitum vorhanden war, zu der Bezahlung, ohne inzwischen der ihm zuständigen Gegenforderung zu erwähnen, sich endlich verpflichtet haben sollte [o]). Es behält demnach bey dem angeführten Grundsatz, daß ohngeachtet der freywillig unterlassenen Abrechnung, dem Gläubiger dennoch in alle Wege frey stehe, jene auch nach geschehener Zahlung auf angezogene Art und Weise geltend zu machen, das Bewenden. In Ermangelung besonderer gesetzlichen Vorschriften läßt sich auch eben sowenig der von einigen Rechtslehrern [p]) angenommene Satz, daß wegen der unterlassenen Abrechnung zum Nachtheil des Gläubigers eine Art von Novation angenommen, folglich aus einer alten und etwa privilegirten Forderung eine neue und nicht privilegirte Schuld werden müsse, füglich vertheidigen.

Ob auch gleich bekannten Rechten nach die Condictio indebiti sodann nicht platzgreiflich zu werden

debito soluto. BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 3. Tit. 15. Th. 4. n. 4.*

o) LUDOVICI *Diss. de Iuramento compensationem non excludente.*

p) BARTH *Hodegeth. forens. c. 4. §. 22.*

werden pfleget, wenn man wissentlich einem andern etwas bezahlet hat, wozu man nicht verbunden war, vielmehr in einem solchen Fall der animus donandi vermuthet wird [q]), so kann gleichwohl dieser an sich rechtliche Grundsatz demjenigen, der, ohne seiner Abrechnung zu erwähnen, seine Schuld bezahlet hatte, im Wege stehen, um dasjenige, was er solchergestalt zu bezahlen nicht schuldig war, wieder zu fordern, zumahl ausdrückliche Gesetze vorhanden sind, die wegen einer unterlassenen Anregung der Compensation das Gegentheil vorschreiben [r]).

Wenn nun gleich nach andern Stellen des Justinianeischen Rechts [s]) die nach dem Tode eines

q) *L. 53. de R. I. v.* Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est *L. 26. §. 3. de Condict. indebiti.*

r) *L. 10. §. 1. de compensat. L. 1. §. 4. de contrar. tutel. et vtili actione v.* Praeterea, si tutelae iudicio quis conuenietur, reputare potest id, quod in rem pupilli impendit. Sic erit arbitrii eius, vtrum compensare, an petere velit sumptus. Quid ergo, si Iudex compensationis eius rationem non habuit? an contrario iudicio experiri possit? et vtique potest. Sed si reprobata est haec reputatio, et adquieuit, non debet iudex contrario iudicio id sarcire.

s) *L. 26. D. de probat. v.* Procula magnae quantitatis fideicommissum a fratre sibi debitum, post mortem eius in ratione cum heredibus compensare vellet, ex diuerso autem allegaretur, nunquam id a fratre, quamdiu vixit, desideratum, cum variis ex causis saepe (in) rationem fratris pecunias ratio procule soluisset: Diuus commodus, cum super

nes Erblassers allererst in Anregung gebrachte Compensation aus dem Grunde verworfen wird, weil sie nicht bey jenes Lebzeiten angeführet worden, so kann gleichwohl hieraus keine Widerlegung des von mir behaupteten Satzes gezogen werden. Der Augenschein ergiebet nämlich, daß das zum Beweis des Gegentheils angezogene Gesetz nicht allein besondere Umstände zum voraus setze, sondern insbesondere sich lediglich auf Rechnung und Gegenrechnungen unter Brüdern, bey denen freylich aus der unterlassenen Anregung der Compensation der animus donandi zu vermuthen, beziehe, gegentheils aber überhaupt, zumahl, da ausdrückliche Gesetze ein anders wollen, nicht zur Anwendung kommen könne.

Allein, wenn gleich diese Erklärung dem wahren Sinn des angeführten Gesetzes vollkommen angemessen ist, so ist gleichwohl nach dem Grunde desselben nicht zu leugnen, daß, in soferne von gleich nahen Verwandten z. B. von Eltern und Kindern, Brüdern und Schwestern, Vater- und Mutterbrüdern, Vater- und Mutterschwestern die Rede ist, von der unterlassenen Abrechnung auf die Begebung derselben, oder auf die Absicht zu schenken der Schluß zu machen sey, in soferne anders nicht zu beweisen stehet, daß die nicht geschehene Erwähnung der Abrechnung entweder lediglich in Irthum und Unwissenheit ihren Grund gehabt habe, oder auch die besonderen Umstände es

super eo negotio cognosceret, non admisit compensationem, quasi tacite fratri fideicommissum fuerit remissum.

es einzig und allein veranlasset haben, daß die an sich begründete Abrechnung nicht zur Sprache gekommen sey.

Ob nun zwar der berühmte Leyser[t]) mit Beziehung auf gesetzliche Vorschriften [u]) und mittelst Anführung eines Praejudiciums den Satz behauptet, daß von der unterlassenen Abrechnung wenigstens sodann auf die Begebung derselben zu schliessen sey, wenn jemand verschiedentlich Gelegenheit zum Abrechnen gehabt und solche gleichwohl nicht genutzet haben sollte, so ist zwar nicht zu leugnen, daß von der zu mehreren mahlen unterlassenen Abrechnung ein starkes Argument für den Nachlaß der Schuld selbst hergenommen werden könne; inzwischen ist darauf, allein und bey dem Mangel mehrerer und deutlicherer Beweise von dem animo donandi, letzterer nicht zu bauen. Denn einmahl hat es nach den deutlichsten Aussprüchen der Gesetze keinen Zweifel, daß es dem Gläubiger schlechterdings zu überlassen sey und von seiner Willkühr abhänge, ob und wann er abrechnen wolle

t) *Spec. 173. n. 5.*

u) *L. 12. §. 8. mandati* v. Inde Papinianus quaerit, si patronus praedium, quod emerat, pro quo pretii bessem exsoluerat, iusserit liberto suo tradi, vt ille residuum pretii redderet, deinde, reddito pretio vendenti fundum patrono libertus consenserit, trientis pretium an libertus possit repetere et ait, si mandatum suscepit initio libertus, non donatum accepit, contrario iudicio posse eum pretium repetere, quod deductis mercedibus, quas medio tempore percepit, superest. quod si donationem patronus in libertum contulit, videri et postea libertum patrono donasse.

wolle [x]), und zweytens reden die Gesetze ohne Einschränkung, wenn sie einem Gläubiger erlauben, dasjenige, was er bezahlet hat, da er gleichwohl abrechnen konnte, als ein wahres Indebitum wieder zu fordern [y]). Es ist daher in dem gegenwärtigen Fall das Argument, daß daher, weil eine Schenkung aus gewissen Factis zuweilen vermuthet werden könne, hergenommen wird, völlig unanwendlich. Aus eben den angeführten Gründen ist auch sowenig aus der Länge der nach geleisteter Zahlung verflossenen Zeit, in soferne letztere nicht eine in den Rechten begründete Verjährung ausmachen mögte, als aus den mit einander gehabten Rechnungen und Gegenrechnungen der Nachlaß der Schuld, oder die Begebung der Abrechnung, zu folgern, indem der Gläubiger unbekannte Gründe gehabt haben kann, warum er sich des ihm gleichwohl zuständigen Rechts, zu dessen An- und Ausführung er den Gesetzen nach, in soferne seine zuständige Abrechnung auf einer Personal-Forderung beruhet, einen Zeitraum von dreyßig Jahren hatte, nicht bedienet hat. Es kann daher bey unterlassener Anregung der zuständigen Compensation sowenig aus der Länge der verflossenen Zeit, der

x) *L. 2. C. de compensat.* Ex causa quidem judicati si debitum solutum repeti non potest, ea propter nec compensatio eius admitti potest. Eum vero, qui iudicati conuenitur, compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse nemini dubium est.

y) *L. 10. §. 1. D. de compensat. L. 1. §. 4. de contrar. tutel. et vtili actione.*

der Blutsfreundschaft und Anverwandtschaft, als aus den unter und gegen einander geführten Rechnungen und Gegenrechnungen [z]), und zwar sowenig besonders, als zusammengenommen, der animus donandi geschlossen werden [aa]), in soferne es an bereits angeführten Einschränkungen ermangeln dürfte. Es kann daher nicht ohne Grund der allgemeine Grundsatz, daß von der unterlassenen Abrechnung auf deren Begebung kein Schluß zu machen sey, angenommen werden und es lieget demjenigen, der das Gegentheil behauptet, schlechterdings der Beweis ob. Von der Last eines solchen Beweises sind inzwischen angeführtermassen Brüder und Schwester, und andere im gleichen Grade sich befindende Anverwandte, billig zu entfreyen [bb]), in soferne nicht klärlich zu beweisen stehet, daß die unterlassene Anregung der Compensation entweder in Irthum und Unwissenheit der Schuld ihren Grund gehabt, oder auch andere Umstände verhindert haben, daß eine an sich völlig begründete Abrechnung bey der Bezahlung einer Schuld nicht zur Sprache gekommen sey.

z) Das Gegentheil behauptet LEYSER *Spec. 173. n. 7*, wenn besondere Umstände eintreten, z. B. der Mangel der Anverwandschaft und die Länge der immittelst verflossenen Zeit, vermöge *arg. L. 3. C. de apoch. publ.*

aa) Das Gegentheil behauptet MENOCH. *de arb. Iud. Quaest. Lib. 2. Cent. 1. cas. 88. n. 16. seqq.*

bb) L. 26. de probat.

XI.

XI.

Ob in dem Fall, da ein Erblasser gewisse Sachen dazu besonders ausgesetzet hat, damit davon die Abführung einiger Vermächtnisse geschehen möge, letztere sodann für ungültig zu achten, wenn jene Sachen dazu nicht hinreichend befunden werden sollten?

Bey dem Mangel genugsam deutlicher Aussprüche der Gesetze wollen angesehene Rechtslehrer, daß bey vorfallenden Zweifeln über den eigentlichen Sinn eines letzten Willens das meiste auf das Ermessen eines vernünftigen Richters ankomme, obwohl letzterer, so viel möglich, auf die wahrscheinlich gehegte Absicht des Erblassers sein Augenmerk richten müsse [a]). Andere Rechtslehrer [b]) nehmen inzwischen unter den bemerkten Umständen mehr bestimmtere Grundsätze an, die wenigstens der richterlichen Willkühr einige Schranken setzen. Die letzteren behaupten nämlich in Gemäßheit verschiedener gesetzlichen Aussprüche [c]), daß im Zweifelsfall die Auslegung der

a) LEYSER *Spec.* 395. *n.* 1. 2.

b) Struben in dem dritten Theil der rechtlichen Bedenken *n.* 72.

c) *L.* 39. §. 6. *de legat.* 1. *v.* Scio ex facto tractatum, cum quidam duos fundos eiusdem nominis habens, legasset fundum Cornelianum: et esset alter

der in einem Testament oder letzten Willen enthaltenen Verfügungen allemahl dergestalt geschehen müsse, daß der oder die eingesetzten Erben dadurch am wenigsten belästiget werden, zumahl wenn die letzteren vielleicht gar des Erblassers nächste Blutsfreunde seyn sollten; derjenige aber, dem ein Vermächtniß im Testament gemacht worden, über dessen wahren Sinn man uneinig ist, etwa ein Fremder, der wenigstens dem Erblasser nicht verwandt gewesen seyn mögte [d]). Nach diesen Grundsätzen wäre freylich die aufgeworfene Frage dem Anschein nach zu verneinen und den Erben stünde daher in dem Fall nicht anzumuthen, das Vermächtniß genau zu erfüllen, wenn diejenigen Sachen, woraus das Vermächtniß nach dem Willen des Erblassers

ter pretii maioris, alter minoris: et heres diceret minorem legatum, legatarius maiorem. Vulgo fatebitur, vtique minorem eum legasse, si maiorem non potuerit docere legatarius. *L. 47. de legat. 2.* v. Binae tabulae eodem tempore exemplarii causa scriptae, vt vulgo fieri solet, eiusdem patrisfamilias proferuntur, in alteris centum, in alteris quinquaginta aurei legati sunt Titio. Quaeris, vtrum et quinquaginta aureos, an centum duntaxat habiturus sit? Proculus respondit, in hoc casu magis heredi parcendum est, ideoque vtrumque legatum nullo modo debetur, sed tantummodo quinquaginta aurei. *L. 75. de legat. 3.* v. Nummis indistincte legatis, hoc receptum est, vt exiguiores legati videantur, si neque ex consuetudine patrisfamilias, neque ex regionis, vnde fuit, neque ex contextu testamenti possit apparere.

d) LYNCKER *Vol. 2. Resp. 76. n. 40. 41.* SCHORCH *Resp. et Sentent. select. Sent. 380. n. 11. 12.*

sers zu leisten, nicht von dem Werth, als sie gleichwohl von dem letzteren in Anschlag gebracht worden, befunden würden, folglich das Vermächtniß daraus entweder überall nicht, oder doch wenigstens nur zum theil, abgeführet werden könnte. Allein, so scheinbar auch die Verneinung der aufgeworfenen Frage an sich ist, so viele tristige Gründe streiten gleichwohl für die Bejaung derselben. Denn so vortheilhaft auch nach den Gesetzen die Vermuthung für den eingesetzten Erben anzunehmen ist, wenn das Vermächtniß selbst bey seiner völligen Kraft bleibet und es bey dem zweifelhaften Ausdruck des Erblassers nur lediglich auf die Grösse des Vermächtnisses ankommt, so stark ist gegentheils die Vermuthung wider den eingesetzten Erben, der die Richtigkeit und die Grösse des Vermächtnisses nicht in Zweifel ziehet und sich gleichwohl aus andern Ursachen weigert, das Vermächtniß, so wie es verschrieben worden, auszuzahlen [e]. Nach den Meynungen der Rechtslehrer ist eine solche wider den Erben streitende Vermuthung um so billiger, als nicht allein der Erbe zur Erfüllung der von dem Erblasser gemachten Vorschriften, weil er in seine Rechte und Verbindlichkeiten getreten, schlechterdings verbunden ist, sondern derselbe auch bey der verweigerten Auszahlung des Vermächtnisses ungebührliche Vortheile zu erlangen suchet, der Legatarius aber nur de damno vitando strei-

 tet

e) *L. 12. D. de R. I.* In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur. *L. 12.* und *13. pr. de reb. dub.*

tet [f]). Diese Vermuthung für die Gültigkeit eines letzten Willens und des darin begründeten Vermächtnisses ist billig um so grösser, wenn die von dem Erben dagegen gemachten Zweifel nur lediglich den von dem Erblasser gemachten Anschlag in Absicht derjenigen Sache, woraus das Vermächtniß nach dem Willen desselben abzuführen ist, betreffen sollten, oder die Schwierigkeiten wegen Auszahlung des Vermächtnisses nur daher gemacht würden, weil die angewiesene Sache, woraus die Auszahlung nach der Anweisung des Erblassers geschehen soll, solches nicht erlaubet. Denn, da in den Rechten der Satz klar begründet ist, daß überhaupt eine falsche Beschreibung bey der unzubezweifelnden Gewißheit des letzten Willens der Gültigkeit eines Vermächtnisses nichts entziehe [g]), so hat es auch dabey in dem angezogenen Fall billig das einstweilige Bewenden, so lange anders nicht durch die unumstößlichsten Gründe zu beweisen stehet, daß der Erblasser das Vermächtniß überall nicht würde errichtet haben, wenn ihm der Umstand, daß der Werth derjenigen Sache, die von ihm zur Abführung des Vermächtnisses ausgesetzet worden, dazu nicht hinreichend sey, zur Zeit des errichteten Testaments bekannt gewesen wäre [h]). Da nun letzteres

f) de CRAMER *Tom. 2. Obs. 618. §. 5.* und *Tom. 6. Obs. 1396. §. 24.*

g) *L. 17. pr.* und *§. 1. De condict. et demonstrat. §. 30. Inst. de legat. L. 4.* und *L. 19. de legat. 1.*

h) *L. 4. C. de hered. instituend. L. 7. §. 1. D. de tritic. vin. ol. legat.*

teres der Regel nach nicht zu vermuthen stehet, vielmehr angezogenermassen für die Gültigkeit und Aufrechthaltung eines gültiglich errichteten letzten Willens allemahl die Vermuthung streitet [i]), so lieget auch dem Erben, der wider eine solche rechtliche Vermuthung die Ungültigkeit des Vermächtnisses gänzlich, oder zum theil, behauptet, der Beweis davon ob. In dessen Ermangelung ist er zur Auszahlung des Vermächtnisses, in soferne ihm nicht andere rechtliche Behelfe zu statten kommen dürften, zu verurtheilen [k]). Ob nun zwar nach der bekannten Rechtsregel: affirmanti, non neganti incumbit probatio [l]), es das Ansehen gewinnen könnte, daß dem Legatario unter den angezogenen veränderten Umständen der Beweis von der Gültigkeit des Vermächtnisses obliegen müsse, so kann dennoch dieser Einwand dermahlen um so weniger in einigen Betracht kommen, als die angeführte Rechtsregel nicht allein überhaupt vielen gegründeten Einschränkungen un-

 terworfen

i) *Arg. L. 12. D. de reb. dub.* v. quotiens in actionibus, aut in exceptionibus ambigua oratio est: commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat. *add. arg. L. 67. de Reg. Iur.*

k) LEYSER *Spec. 399. n. 2.*

l) *L. 2. D. de probat. et praesumt.* v. Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. *L. 23. C. de probat. v.* actor, quod adseuerat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit *add. L. 4. C. de edendo.*

terworfen ist [m]), sondern auch insbesondere sodann, bekannten Rechten nach, keine Anwendung findet, wenn die Verneinung entweder die Behauptung eines gewissen Facti enthalten [n]), oder auch einer rechtlichen Vermuthung zuwider seyn sollte [o]). Hieraus ergiebet sich von selbst, daß ein Erbe, der aus den oft angezogenen Ursachen die Auszahlung des Vermächtnisses weigert, den Beweis, daß er hierunter der Absicht des Erblassers gemäß handele, nicht von sich abwälzen könne, sondern ihn vielmehr gegentheils zu führen verbunden sey, und in dessen Ermangelung sich der Abführung des Vermächtnisses in keine Wege entziehen könne. Da auch eine jede rechtliche Vermuthung die Wirkung eines vollständigen Beweises hat [p]), keines Weges aber durch diese oder jene scheinbare Umstände entkräftet werden kann, so ist es auch dem Erben in dem angezogenen Fall, da er sich nämlich der Auszahlung eines sonst unbestrittenen mithin gültiglichen Vermächtnisses aus der Ursache, weil die zu dessen Abführung von dem Erblasser ausgesetzten Sachen dazu nicht hinreichend sind, weigert, in keine Wege erlaubt, zu scheinbaren Umständen und wahrscheinlichen

m) BOEHMER *in Iur. Eccl. Protest. Lib. 2. Tit. 19. §. 4—11.*

n) COCCEJUS *Diss. de direct. probat. negatiuae.*

o) *L. 25. D. de probat.* LUDOVICI *de probabilitat. eiusque effect.* CANZ *de probabilitat. iurid. Boehmer c. l. §. 8.*

p) BOEHMER *c. l. Lib. 2. Tit. 23. §. 2. seqq.* HELLFELD *in Iurisprudent. forens. §. 40.*

lichen Gründen seine Zuflucht zu nehmen. Es lieget vielmehr und gegentheils dem Erben über seine Angabe, daß der Erblasser das Vermächtniß nicht würde errichtet haben, wenn ihm bekannt gewesen wäre, daß die zu dem Ende ausgesetzten Sachen solches nicht erlaubten, mit Vorbehaltung des dem Legatario zuständigen Gegenbeweises in alle Wege ob, vollständige Beweisthümer wegen der Richtigkeit seiner Behauptung beyzubringen. In deren Ermangelung aber bleibet weiter nichts übrig, als den Erben zur Auszahlung des Vermächtnisses, allenfalls durch behufige Zwangsmittel, anzuhalten.

Würden inzwischen die Erben nicht sowohl aus der oft angezogenen Ursache, als vielmehr um deswillen, weil sie nach der Auskehrung des Vermächtnisses nicht den vierten Theil der ganzen Erbschaft, oder die sogenannte quartam falcidiam übrig behalten würden, die Auszahlung des verschriebenen Vermächtnisses verweigern, so sind sie damit allerdings unter denjenigen Einschränkungen, unter welchen die Erben überhaupt die Auszahlung der Vermächtnisse aus dem Grunde, um den vierten Theil der Erbschaft übrig zu behalten, verweigern können, billig und in alle Wege zu hören [q]).

q) *Tot. Tit. Digest. ad Legem falcidiam.*

XII.

Ob dem Inhaber einer Special-Hypothek das sogenannte beneficium excussionis, oder die Rechtswohlthat, vermöge deren der Hauptschuldner vorher auszuklagen ist, zustehe?

Zu den ausgemachten Rechtswahrheiten scheinen diejenigen Grundsätze zu gehören, nach welchen dem Pfandgläubiger, in soferne ihm nur ein allgemeines Pfandrecht in den Güthern seines Schuldners zustehet, von dem Besitzer der darunter begriffenen Sachen zwar die Exceptio excussionis, oder, daß er zuvörderst den Hauptschuldner ausklage, und seine Bezahlung aus dem anderweitigen Vermögen desselben zu erlangen suche, entgegen gesetzet werden könne [a]), daß aber die bemeldete

a) *Nouella 4. c. 2.* sed neque ad res debitorum, quae ab aliis detinentur veniat prius, antequam transeat viam super personalibus contra mandatores et fideiussores et sponsores, sicque ad res veniens principalis debitoris, siue ab alio detineantur, et detinentes eas conueniens, si neque inde habuerit satisfactionem, tunc veniat aduersus res fideiussorum, et mandatorum et sponsorum: idem enim est dicere: vel si quosdam habuerint homines ipsis sibimet obligatos et qui hypothecariis actionibus sibi teneri possint. Contra principales tamen et existentes apud eos res siue personalibus siue hypothecariis, mox siue ambabus vti voluerit, omnem ei damus licentiam, quae dudum a nobis

bemeldete Rechtswohlthat in vermeynter Beystimmung der Gesetze [b]) sodann nicht statt finde, wenn jemand das einem andern nahmentlich und besonders verpfändete Grundstück im Besitz hat, und daß in dem Fall, da eine gemeine und besondere Hypothek zugleich verschrieben worden, zwar dem Besitzer der unter der ersten begriffenen Sachen, nicht aber dem Inhaber der letzteren, das beneficium excussionis zustehe [c]), im Fall nicht das Ius variandi et eligendi dem Gläubiger Vertragsweise zugestanden seyn sollte [d]). Denn ausser diesem

nobis data est, et viam et ordinem in aliis personis casibusque sancitam *add. Auth. sed hodie nouo Iure C. de O. et A.* und *Auth. hoc si debitor. C. de pignoribus.*

b) *Nouella 112. cap. 1.* ab hoc autem litigiosi vocabulo hypothecas separari decernimus et in his hanc distinctionem tenere: vt si quidem speciales res mobiles, vel immobiles, aut se mouentes nominatim fuerint hypothecae suppositae, liceat quidem debitori eas, cui et quando voluerit, vendere, sic tamen, vt ex pretio earum vsque ad debiti quantitatem satisfaciat creditori. Si autem hoc debitor non fecerit, damus licentiam creditori, qui rem venditam suppositam habet, eundem rem vindicare, donec ei satis pro debito fiat.

c) *L. 2. C. de pignor.* LEYSER *Spec. 225. n. 5.* Es will inzwischen LEYSER *c. l. n. 7.* sodann hiebey eine Einschränkung gemacht wissen, wann nämlich jemand eine gesetzliche Hypothek an sich haben und sich hienächst eine besondere Vertragsweise bestättigen lassen sollte. Denn in diesem Fall soll nach Leysers Meynung von dem dritten Besitzer der letzteren Hypothek die exceptio excussionis nicht füglich gemacht werden können.

d) STRYCK *in cautel. contract. Sect. 2. cap. 4. §. 17.* BRVNNEMANN *ad L. 2. C. de pignor.*

sem Fall kann nach bewährter Rechtslehrer Zeugniß der Pfandgläubiger, dem ein Grundstück nahmentlich verschrieben worden, nur in Subsidium, und wenn letzteres notorisch nicht hinreichet, zu den ihm nur überhaupt und im Allgemeinen verpfändeten Sachen seine Zuflucht nehmen [e]). Den Grund von dem angenommenen Unterschied, vermöge dessen dem dritten Besitzer, der die einem andern insbesondere verschriebenen Hypothek besitzet, das beneficium excussionis nicht zustehen, demjenigen aber, der die unter der allgemeinen Hypothek begriffene Sache besitzet, der Regel nach gebühren solle, pfleget man gewöhnlich in einer anscheinenden Billigkeit zu setzen. Denn für so unbillig man es auf der einen Seite ansiehet, einem Gläubiger seine Sicherheit, die er gleichwohl lediglich und allein in der ihm verschriebenen Special-Hypothek gesetzet hatte, durch die dem Inhaber derselben zugestandene Exceptionem excussionis rauben zu wollen, für eben so billig hält man es auf der andern Seite, daß dem Inhaber derjenigen Sache, die nur im Allgemeinen mit unter der einem andern verschriebenen Hypothek begriffen ist, das beneficium excussionis, wenigstens so lange, als der Hauptschuldner noch nicht völlig ausgeklaget worden, zustehen müsse [f]). Ob nun zwar der letztere Satz keinen erheblichen Zweifeln unterworfen seyn kann, weil er sich an-

gezogener-

e) MEV. *P. 2. Dec. 116.* und *117.* LEYSER *Spec. 225. n. 3.*

f) *de* CRAMER *Tom. 2. Obs. 656.*

gezogenermassen auf gesetzlichen Vorschriften gründet [g]), so sehr bedenklich ist gleichwohl der erstere, daß nämlich der Inhaber des einem andern insbesondere Pfandweise verhafteten Grundstücks die Exceptionem excussionis niemahls für sich anführen könne. Denn, ob man sich gleich zur Bestättigung desselben auf gesetzliche Aussprüche zu berufen pfleget [h]), so ergiebet dennoch eine genauere Prüfung derselben, daß sie dasjenige würklich nicht enthalten, oder beweisen, zu dessen Bestättigung man sie gleichwohl anzuführen pfleget. Allein, diesem allen ohngeachtet vertheidigen sowohl ältere [i]), als neue Rechtslehrer [k]) die Allgemeinheit des Satzes, daß der Inhaber der einem andern insbesondere und nahmentlich verpfändeten Sache bey erhobener gerichtlichen Ansprache, in soferne das Pfandrecht des Klägers an und für sich keinem Zweifel unterworfen seyn mögte, nicht befugt seyn solle, die Exceptionem excussionis für sich anführen zu können. Ob nun gleich andere Rechtslehrer der gegenseitigen Meynung, oder

g) *Nouella* 4. *cap.* 2.

h) *Nouella* 112. *cap.* 1. *v. ab hoc autem.*

i) BERLICH *P.* 2. *Concl.* 24. *n.* 20. *seq.* CARPZOV. *P.* 1. *Const.* 28. *Def.* 128. *n.* 5. und *P.* 2. *Const.* 23. *Def.* 29. MEV. *P.* 2. *Dec.* 286. *n.* 5. *P.* 5. *Dec.* 364. und *P.* 7. *Dec.* 104.

k) BOEHMER *de actionib. Sect.* 2. *cap.* 3. *§.* 102. LEYSER *Spec.* 225. CONRADI *de benefic. excuss. possessori hypothec. special. non competente.* de CRAMER *c. l.* HOMMEL *Rhapsod. Quaest. in foro quotid. obuenient. neque tamen legib. decisar. Obs.* 62.

oder daß dem Inhaber des einem andern nahmentlich verschriebenen Grundstücks wider den Pfandgläubiger das beneficium excussionis zustehe, zugethan sind [l]), und zum theil sogar behaupten, daß es zur Anwendung des bemeldeten beneficii auf den Umstand, ob die anderweitigen Güther des Schuldners, an welche der Kläger verwiesen wird, innerhalb, oder ausserhalb Landes belegen sind, überall nicht ankomme, wenn anders an sich nicht zu bezweifeln stehe, daß jener auf diesem Wege zu dem Seinigen ohne besondere Schwierigkeit gelangen könne [m]), so ist gleichwohl die Anzahl derjenigen Rechtslehrer, die dem Inhaber des einem andern Pfandweise nahmentlich verschriebenen Grundstücks das beneficium excussionis zu nehmen suchen, gegen diejenigen gerechnet, die dessen Anwendung vertheidigen, ungleich stärker. Da es nun keine bloß willkührliche Sache ist, gewisse Rechtssätze, die besonders von wichtigen Folgen sind, nach eigenem Gutbefinden entweder anzunehmen, oder zu verwerfen, vielmehr alles dabey auf den Ausspruch der Gesetze selbst, oder, bey dem Mangel genugsam deutlicher Vorschriften

l) FRANTZK *Lib. 1. Resol. 12. n. 11.* STRVV *in Iurispr. Rom. Germ. forens. Lib. 2. Tit. 35. aph. 20.* WERNHER *P. 1. Obs. 130.* und *P. 5. Obs. 36.* BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 2. Tit. 5. Th. 13. n. 4.* BRVNNEM. *ad L. vlt. C. de O. et A.* HVBER *Praelect. ad Pandect. Tit. de pign. n. 9.* SCHLÜTER *Diss. de benefic. excuss. possess. hypoth. general. et special. competent. Goet. 1776.*

m) HERT. *Vol. 2. Resp. 982. n. 1.* Struben in dem fünften Theil der rechtl. Bedenken *n. 20.*

schriften derselben, auf solche Gründe, die der Aehnlichkeit des Rechts allenthalben gemäß sind, ankommt, so ist besonders nach diesen Grundsäzzen die streitige Frage zu beantworten. Alles kommt freylich vorzüglich auf eine richtige Erklärung der angezogenen Novella 112. Cap. 1. und besonders auf die Beantwortung der Frage an: Ob durch dieselbe dasjenige, was in einer vorhergehenden Novella, nämlich in der Novella 4. Cap. 2. zum Besten des Inhabers der einem andern pfandweise verhafteten Hypothek verordnet worden, eine Abänderung, oder wenigstens eine Einschränkung, erlitten habe? Viele, die diese Frage bejaen, pflegen sich auf dem ganzen Inhalt und Zusammenhang der Novellae 112. Cap. 1. zu berufen. Diese behaupten, daß leztere Novella besonders eine rem litigiosam von einer hypotheca in re litigiosa deutlich unterscheide und zwar in Absicht jener die Klage wider den Dritten nondum excusso debitore principali der Regel nach verbiethe, allein zugleich die Einschränkung hinzufüge, in soferne jene res litigiosa nicht einem andern zu einem besonderen Unterpfand gesezet worden [n]). Andere Rechtslehrer gestehen zwar dem Inhaber des einem andern nahmentlich und insbesondere pfandweise verhafteten Grundstücks das beneficium excussionis zu, sie wollen aber, daß

n) BERGER *Elect. Discept. forens.* p. 1479. SCHAUMBURG *in Annotatt. ad* STRUVII *Iurispr. Rom. Germ. forens. Lib.* 2. *Tit.* 35. §. 20. THOMAS. *ad* STRAUCHII *Dissertat. Diss.* 22. *Th.* 3.

daß in dem Fall, da über bemeldetes Grundstück ein Rechtsstreit vorgewaltet und jenes während diesem veräussert worden, der Käufer sodann das beneficium excussionis nicht für sich anführen solle, wenn anders derselbe nicht dafür gesorget, daß der Gläubiger von dem Kaufschilling seine Befriedigung erhalten habe [o]). Allein, nicht ohne Grund bemerken andere dagegen, daß es um so mehr bey dem allgemeinen Ausspruch der Novellae 4 Cap. 2, nach welcher dem Inhaber der einem andern pfandweise verhafteten Sache das beneficium excussionis zustehet, überhaupt der Regel nach um so mehr das Bewenden behalten müsse, als der Kaiser Justinian eben in der bemeldeten Novella die vormahlige Strenge der Rechte, nach welcher ohne unter einem allgemeinen und besonderem Pfande einen Unterscheid zu machen, dem Gläubiger schlechterdings die Wahl frey stand, ob er actione personali unmittelbar seinen Schuldner, oder vielmehr actione reali einen jeden Inhaber der ihm pfandweise verhafteten Sache belangen wolle [p]), gemildert habe. Diese Rechtslehrer wollen daher, daß von dem allgemeinen Ausspruch der Novellae 4. Cap. 2. nur allein in dem Fall in der Novella 112. Cap. 1. eine

o) PUFENDORF *Tom. 3. Obs. 67.* RITTERSHUSEN *Expos. Nouell. P. 3. c. 2.* HERT. *de different. pign. gen. et spec. c. 5. §. 8.* FRANTZK *c. l.*

p) *L. 14. C. de Obl. et act. L. 14.* und *24. C. de pignor. L. 19. qui not. in pign.* WESTENBERG *in Princip. Iur. Tom. 2. Lib. 20. Tit. 5. §. 16.*

eine Ausnahme gemacht werde, wenn der Käufer die einem andern pfandweise verhaftete Sache gekaufet, und ob er gleich qualitatem pignoris rei emtae inhaerentem gewußt, dennoch nicht dafür gesorget hat, daß der Gläubiger von dem Kaufgelde seine Befriedigung erhalten möge [q]). Denn unter solchen Umständen versiret der Käufer gewissermassen in dolo, und es könnte daher schon aus diesem Grunde, wenn gleich keine besondere gesetzliche Vorschrift vorhanden wäre, die actio reuocatoria wider ihn angestellet werden [r]). Auf den Fall daher, da jemand die einem andern nahmentlich verpfändete Sache käuflich an sich bringet, und gleichwohl für die Befriedigung des Gläubigers von dem Kaufgelde keine Sorge träget, ob ihm gleich qualitas pignoris rei emtae inhaerens bekannt gewesen, ist die Novella 112. Cap. 1. um so mehr einzuschränken, als eines theils in der vorhergehenden Novelle 4. Cap. 2. einem jeden Inhaber der einem andern verpfändeten Sache das beneficium excussionis unbedingt zugestanden worden, und daher die Novelle 112. Cap. 1. nur von demjenigen Fall, wovon sie insbesondere redet, erkläret werden kann, und andern theils die ebenbemeldete Novelle

q) WERNHER *P. 1. Obs. 130.* und *P. 5. Obs. 36.*

r) *L. 1. D. Quae in fraudem creditor.* CARPZOV. *P. 2. Const. 18. Def. 19.* und *Lib. 2. Resp. 72. n. 1. 2.* MEV. *P. 4. Dec. 278.* SCHAVMBVRG *c. l. Lib. 2. Tit. 35. §. 20.*

velle sowenig überhaupt, als besonders an der angezogenen Stelle, von dem Fall, da eine Sache nach erhobenen Rechtsstreit mit dem Schuldner allererst verkauft worden, handelt, vielmehr überhaupt verordnet, daß wider einen solchen Käufer, der wissentlich die einem andern besonders zum Pfande gesetzte Sache an sich kaufet, und nicht zugleich für die Befriedigung des Gläubigers von dem Kaufgelde sorget, ohne zu unterscheiden, ob der Gläubiger sich ruhig verhalten, oder bereits Klage erhoben habe, die hypothecarische Klage angestellet werden könne [s]).

Ob nun zwar angezogenermassen es allenthalben einer richtigen Erklärung der Gesetze gemäß ist, daß auch der Inhaber der einem andern nahmentlich verpfändeten Sache, in soferne er nicht der eigentliche Schuldner selbst seyn mögte, bey etwaniger Ansprache von dem Pfandgläubiger der Regel nach und ausser der bemerkten Einschränkung die Exceptionem excussionis machen könne, so leidet gleichwohl dieser Satz noch überdieß nach dem Gerichtsgebrauch und der Aehnlichkeit des Rechts gemäß einige Ausnahmen.

Hieher gehöret insbesondere der Fall, wenn der eigentliche Schuldner entweder schlechterdings vermögenlos ist, und die Bezahlung nicht leisten kann [t]), oder, wenn es wenigstens wegen der Entfernung seiner Person, oder der Entlegenheit seiner Güther, äusserst schwierig ist, von ihm die Bezahlung

s) WERNHER *c. l.* und *P. 5. Obs. 36.* FRANTZK *Lib. 1. Resol. 12. n. 11. seq.*

t) LEYSER *Spec. 225. Coroll. 1.*

zahlung zu erhalten [u]). Diese Ausnahme ist stillschweigend in der Novelle [x]), die dem Inhaber der einem andern verpfändeten Sache das beneficium excussionis zugestehet, enthalten. Denn es würde in alle Wege eine vergebliche Sache seyn, den Hauptschuldner belangen zu wollen, wenn derselbe entweder schlechterdings vermögenlos seyn sollte, oder doch ausser Stande gesetzet wäre, über sein Vermögen gehörige Verfügung zu treffen, oder sich auch mit seinem Vermögen in entlegenen Ländern befinden mögte.

Es kann ferner der Inhaber der einem andern verpfändeten Sache das beneficium excussionis nicht für sich anführen, wenn der Pfandverschreibung die clausula constituti possessorii et pacti executiui hinzugefüget seyn sollte [y]).

Es ist auch weiter nicht dem mindesten Zweifel unterworfen, daß diejenigen, welche die einem andern pfandweise verhaftete Sache vermöge einer

u) CARPZOV. *P.* 2. *Const.* 18. *Def.* 14. 20. MEV. *P.* 4. *Dec.* 48. *n.* 6. *Dec.* 192. *n.* 5. und *P.* 8. *Dec.* 398. *n.* 1. Sollte inzwischen der Schuldner zwar abwesend, oder auch sein Vermögen zwar ausser Lande belegen seyn, inzwischen die Möglichkeit, ihn zu belangen und solchergestalt unmittelbar von ihm das Seinige bekommen zu können, nicht mit besonderen Schwierigkeiten verbunden seyn, so hat der Inhaber der einem andern pfandweise verhafteten Sache, ausser der oft bemerkten Einschränkung, allerdings das beneficium excussionis. Struben in dem fünften Theil der rechtl. Bedenken *n.* 20.

x) *Nouella* 4. *cap.* 1. und 2.

y) *L.* 18. *D. de adquirend. vel amittend. possess.* GAIL *Lib.* 2. *Obs.* 27. *n.* 32.

ner Schenkung, oder aus einer andern causa lucratiua besitzen, auf das beneficium excussionis keinen Anspruch machen können [z]); es wäre dann, daß der Grund des Besitzes nicht sowohl auf einer gemeinen Schenkung, als vielmehr auf einer sogenannten donatione remuneratoria, die bekannten Rechten nach von einer ganz andern Wirkung ist [aa]), beruhen sollte.

Ausser diesen mit mehreren an- und ausgeführten Einschränkungen kann nun zwar ein jeder Inhaber der einem andern pfandweise verhafteten Sache, in soferne er nicht der eigentliche Schuldner selbst ist, ohne unter einem allgemeinen und besonderen Pfandrecht zu unterscheiden, das beneficium excussionis für sich anführen; inzwischen gehöret freylich die Anregung desselben zu den Rechten der Partheyen, worauf der Richter nicht sowohl von Amtswegen, als vielmehr nur sodann, wann deshalb gehörige Anträge geschehen sind, erkennen darf [bb]).

z) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 2. Tit. 5. Th. 13. n. 5.*

aa) LEYSER *Spec. 463. n. 1.*

bb) WERNHER *P. 1. Obs. 130.*

XIII.

XIII.

Von der Strafe der Banqueroutirer oder der bösen Schuldner nach älteren und neueren Gesetzen.

Unter einem Banquerout [a]) pfleget man dasjenige Verbrechen zu verstehen, wann jemand bey einem bisher getriebenen verschwenderischen Leben ausser Stand gesetzet worden, seinen Gläubigern gerecht zu werden, und seine gemachten Schulden zu bezahlen. Derjenige daher, welcher entweder durch erweisliche Unglücksfälle, oder sonst, wider sein Verschulden, vermögenlos geworden, kann in keine Wege als ein eigentlicher Banqueroutirer angesehen und bestrafet werden. Die Gesetze sind vielmehr solchen Unglücklichen vorzüglich hold, indem sie ihnen die dationem in solutum und das beneficium cessionis bonorum [b]), ohne irgend einigen Verlust an ihrer Ehre befürchten zu dürfen [c]), gestatten, und ihnen wider ihre zudringlichen Gläubiger, die bey dem Concurs, oder der Vertheilung des noch vorhandenen

 Vermögens

a) Die Namen Banquerout und Banqueroutirer sind ohngefähr im sechszehnten, oder im Anfange des siebenzehnten Jahrhunderts gebräuchlich geworden, s. HELLFELD *in Repertor. Iur. priuat. p. 437.*

b) *L. 1. 4. C. qui bon. ced. poss. Auth. hoc nisi C. de Solut. Nouella 4. cap. 3.*

c) STRECKER *de cess. bonor. famam non sugillante, Erford. 1729.*

Vermögens leer ausgegangen sind, das beneficium competentiae verleihen [d]). Einem Menschen, der bloß durch beweisliche Unglücksfälle in einen vermögenlosen Zustand gerathen, dabey aber darthun kann, daß er sich nicht ohne Grund mit einer Verbesserung seines Zustandes schmeichele, pfleget der Gesuch um Erhaltung eines Indults nicht schwehr gemacht [e]), die Bezahlung aber auf Termine, oder die sogenannte solutio particularis, nicht leicht versaget zu werden [f]).

Eine ganz andere Bewandniß hat es mit den eigentlichen Banqueroutirern, als welche nicht allein auf die angezogenen Vortheile unglücklicher Schuldner keine Ansprüche zu machen befugt sind, sondern als eigentliche Betrüger angesehen, und daher denselben auch in der Bestrafung billig gleich geachtet werden müssen. Wie nun, was die letzteren anlanget, die heutigen Rechte, wie unten mit mehrerem gezeiget werden soll, hierin nicht abstimmen, so waren besonders die Gesetze, sowohl unserer Vorfahren, als anderer Völker, in der Bestrafung des Banquerouts noch viel strenger. Denn in den sogenannten Gesetzen der zwölf Tafeln der **Römer** hieß es unter andern: aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto. Post deinde manus iniectio esto, in

d) *§. 4. Inst. de act. L. 16. 17. §. 1. L. 30. de re iudicat.*

e) *L. fin. C. qui bon. ced. poss. L. 4. C. de prec. imp. offerend.*

f) *L. 41. §. 1. de usur. L. 9. C. de Solut. L. 21. C. de reb. cred.*

in ius dicito, ni iudicatum facit, aut qui endo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut neruo, aut compedibus quindecim pondo, ne minore, aut si volet, maiore vincito. Si volet, suo viuito. Ni suo viuit, qui Em vinctum habebit, libras farris in dies dato. Si volet plus dato, tertiis nundinis partes secanto, si plus minusue secuerint, se fraude esto. Wann nun gleich einige diese Stelle lediglich nach den Worten erklären wollen und dem zufolge behaupten, daß es bey den Römern den Gläubigern erlaubt gewesen sey, nicht allein ihren Schuldner zu tödten, sondern sogar zu zerstücken und seinen Körper unter sich zu vertheilen [g]); so zeigen gleichwohl andere mit besserem Grunde das Gegentheil [h]). Nach der letzteren Meynung wurde ein böser Schuldner bey den Römern bloß ein gemeinschaftlicher Sclave seiner Gläubiger, welche demnach denselben verkaufen, und von dem gelöseten Gelde sich bezahlt machen konnten. In den älteren Zeiten Deutschlandes, da aller Handel fast bloß in einem Tausch bestand, gehörte der Banquerout zu den unbekannten Verbrechen. Mit der Zeit aber wurde sowohl nach den sächsischen, als andern deutschen Rechten die Leibeigenschaft eine Strafe derjenigen, die andere muth-

g) LUD. MENCKEN *de truculent. Iur. Rom. erga Debitor. Viteb. 1729.* und *in Progr. de histor. et fat. debitor. obaerat.*

h) BYNCKERSHOECK *Obseruat. Iur. Rom. cap. 1.* SCHAUMBURG *Progr. de sect. in partes occas. leg. decemuiral. Ien. 1746.*

willig um das Ihrige betrogen hatten [i]). Denn so ordnet besonders das Sächsische Land-Recht [k]): "wer da Schuld fordert vor Gericht "auf einen Mann, der nicht gelten mag, noch "Bürgen setzen, der Richter soll ihm den Mann "ausantworten für das Geld, den soll er halten "gleich seinem Eingesinde mit Speise und mit Ar-"beit. Will er ihn dann spannen mit einem Half-"ter, oder mit einem Fesser, das mag er auch "thun, anders aber soll er ihn nicht peinigen. "Läßt er ihn loßgehen, oder entläuft er ihn "sonst, damit ist er des Geldes nicht ledig, die-"weil er ihm vergolten hat, und die Bezahlung "auch nicht vollbringen kann, so ist er immer "sein Pfand für das Geld.„ Wenn gleich das neuere Sächsische Recht den Schuldthurm den Banqueroutirern bestimmet, so ist dadurch dennoch zugleich die vormahlige Leibeigenschaft in Absicht derselben nicht aufgehoben, sondern vielmehr bestättiget worden [l]). Mit demjenigen, was die Sächsischen Rechte wegen der Leibeigenschaft böser Schuldner vorschreiben, stimmet besonders das Lübecksche Recht B. 1. Tit. 3. Art. 1. überein, als woselbst es merklich heißt: "wenn "man sein Guth auftragen und Bonis cediren will "von Schulden, die ihm mit Recht abgemahnet "worden, so mag der Kläger und Gläubiger sich "be-

i) VOIGT *de addict. ad manus.* ENGAV *de tradit. debitoris ad manus Creditoris, Ien. 1746.*

k) B. 3. Art. 39.

l) Constitution vom Churfürsten August Th. 2. Const. 22.

"bedencken bis zu den nehesten Gericht, ob er "sich will an das Guth halten, oder aber auch "die Person zu eigen annehmen. Auf dem ersten "Fall mag er das Guth schätzen und waradiren "lassen und seine Bezahlung daraus suchen. Zum "andern nimmt er die Person an, mag er densel- "ben gefänglich einziehen lassen und halten, als "einen Schuldgefangenen; will er ihn aber zu ei- "gen annehmen und er ihm also gerichtlich überge- "ben wird, soll er ihn speisen, als das Gesinde "und verwahren, wie man am besten kann, auch "wohl anlegen, wenn er will, doch, daß ihme an "seiner Gesundheit kein Schaden geschehe. Er "soll seinem Herrn seine Arbeit thun, würde er "aber entlaufen aus seines Herrn Verwahrung, "so soll ihm an seiner Erledigung das Gericht "nicht verhindern; will er ihn aber lediggehen "lassen, damit er sich lösen mögte, das stehet "auch in seinem Gefallen. Würde er darnach "auch von jemand anders gehalten, hat er dennoch "etwas von dem Seinen übrig, so mag er sich "damit ohne Widerrede desjenigen, dem er erst- "lich an die Hand gegeben worden, lösen." Es ist bey dieser Vorschrift des Lübeckschen Rechts insbesondere zu merken, daß die den bösen Schuldnern bestimmte Leibeigenschaft nur eigentlich sodann statt finden könne, wenn jemand durch eigenes Verschulden in vermögenlose Umstände gerathen ist, und daher seinen Gläubigern die Bezahlung nicht leisten kann. Es findet auch die vorgeschriebene Leibeigenschaft sodann keine Anwendung, wenn die Gläubiger aus den Güthern ihres

 Schuld-

Schuldners ihre Befriedigung erhalten, oder auch darauf nicht gerichtlich angetragen haben. Es dauret überdieß die Leibeigenschaft der bösen Schuldner nach Lübeckschen Recht nicht beständig, oder auf Lebenslang, und gehet auch nicht auf die Kinder. Es soll auch dem zu eigen übergebenen Schuldner seine zu leistende Arbeit angerechnet und von seiner Schuld nach und nach abgezogen werden m). Dieserhalb ordnet das Lübecksche Recht an der angezogenen Stelle, "daß "der Herr seinen Leibeigenen ledig gehen lasse, da-"mit er sich löse." Es ist inzwischen ein solcher leibeigen gewordener Schuldner verbunden, seines Herrn Arbeit nach desselben eigenen Verfügung zu verrichten und letzterer mag ihn verwahren, wie er am besten kann, auch allenfalls anlegen und schliessen lassen, inzwischen muß er ihn, wie sein übriges Gesinde speisen. Von der Leibeigenschaft inzwischen, die nach dem Lübeckschen Recht den bösen Schuldnern bestimmet ist, sind Adeliche, Doctores, Geistliche, Minderjährige und andere, die das beneficium competentiae haben, ausgenommen. Den Grund von dieser Ausnahme glaubet **Mevius** n) in den Worten des Lübeckschen Rechts: **gleich seinem Eingesinde, zu finden**, als welches nur von niederen und geringen,

m) MEVIUS *in Comm. ad Ius Lubec. cit. art. n. 16.* berufet sich auf eine Urthel, vermöge deren einem Schuldner, welcher seinen Gläubigern zu eigen übergeben worden, täglich zwey Schillinge abgerechnet worden.

n) *c. l. n. 41. 53.*

ringen, nicht aber von vornehmen und privilegirten Personen, zu verstehen sey. Nach der Meynung des Mevius kann in Absicht der eben angeführten Personen nicht einmahl das Gefängniß, oder der Schuldthurm statt finden, weil solcher die Stelle der vormahligen Annahme zu Hand und Halfter vertrete, es wäre dann, daß eine besondere Grösse des Betruges und des Vorsatzes vorhanden seyn mögte, da es denn bey der gemeinen Regel das Bewenden behalten müßte. Frauenspersonen können nach der ausdrücklichen Vorschrift des Lübeckschen Rechts ihren Gläubigern nicht zu Hand, oder zu eigen übergeben werden; zur Genugthuung der Gläubiger ist inzwischen in dem **Lübeckschen Recht B. 1. Th. 3. Art. 1.** folgendes verordnet: "hiemit ist verbothen, Frau-"enspersonen den Creditoren an die Hand zu ge-"ben, die nicht bezahlen können, doch mag der "Creditor ihnen zu allen Zeiten, wenn er sie be-"trift, das oberste Kleid abnehmen, bis so lange "sie bezahlet hat." Diese Genugthuung, welche das Lübecksche Recht den Gläubigern in Absicht auf ihre Schuldnerinnen einräumet, findet alsdann nicht statt, wenn Frauenspersonen nachhin ihre Gläubiger würklich befriedigen, durch Bürgen, oder Pfänder Rath schaffen, oder auch schwere Unglücksfälle zu ihrer Entschuldigung mit Grunde anführen können [o]). Heutiges Tages ist die Leibeigenschaft der Schuldner bey der Einführung der Schuldthürmer ausser Gebrauch, und man pfleget

o) Stein in der Abhandl. des Lübeckschen Rechts B. 1. Tit. 3. §. 77.

pfleget daher an denjenigen Oertern, wo solche ehemahls statt fand, die bösen Schuldner entweder bis sie ihre Gläubiger bezahlet haben, in Schuldthürmer einzuschliessen, die Banquerouti-rer aber besonders zum Zuchthaus, oder zur Gefangenschaft auf einige Jahre zu verurtheilen, obwohl Mevius [p]) der Meynung ist, daß auch noch auf die Leibeigenschaft, oder auf die Uebergabe zu Hand und Halfter erkannt werden müsse, wenn die Gläubiger darauf zu dringen gerathen finden sollten.

In denjenigen Ländern, wo der Schuldthurm besonders den bösen Bezahlern bestimmet ist, hat man gewöhnlich auch besondere Vorschriften, die sich auf die Verpflegung von jenen beziehen. In Hamburg muß unter andern ein Gläubiger zu dem Unterhalt seines Schuldners täglich einen Schilling Lübisch bezahlen. In Entstehung dessen ordnet das Hamburgsche Recht im 1sten Theil im 41sten Titel §. 13. folgendes: "würde aber der Gläubiger den Schuldner in Verhaftung zu nehmen nicht begehren, noch, wie vorgesetzt, unterhalten wollen, sondern andere Mittel gegen ihn vorzunehmen bitten: so soll auf des Klägers Anfoderung der Beklagte den Eyd der Armuth schwöhren und sich dieser Stadt und Gebiethe so lange zu enthalten schuldig seyn, bis er den Kläger befriediget, oder sich mit ihm verglichen und soll ihn davon die cessio bonorum, oder die Abtretung seiner Güther nicht entledigen." Es kann auch nach den Hamburgschen Rechten

p) *c. l. n. 116.*

Rechten ein Schuldner seine ganze Schuld durch das Gefängniß tilgen, oder, wie man zu reden pfleget, absitzen, gleich es denn in demselben a. O. §. 13. merklich heißt: "Und so die Schuld "nicht ein tausend Mark Lübisch übertrift, soll er "ein Jahr lang, da sich aber die Schuld hö- "her erstrecket, soll er soviele Jahre auf dem wie- "ser Baum sitzen, so viel tausend Mark er schul- "dig bleibet, und nach Ausgang solcher Jahre der "Verhaftung entlassen und der Schuld halben ge- "freyet seyn."

In dem zwölften und den folgenden Jahrhunderten suchte man durch sogenannte Einlager eine prompte Bezahlung zu befördern, so wie das Schuldenmachen, oder die vielen Banqueroutte zu verhindern. Es bestand aber das Einlager eigentlich in der Verpflichtung des Schuldners gegen seinen Gläubiger, daß, im Fall er in dem bestimmten Zahlungstermin nicht einhalten würde, er sich auf einem solchen Fall an einem festgesetzten Ort einfinden, und von dannen nicht eher, als bis er seine Gläubiger befriediget habe, weichen wolle. Das Einlager hatte nicht allein bey dem Schuldner selbst, sondern auch bey dessen Bürgen statt. Nicht allein blosse Privatpersonen, sondern auch sogar mächtige Könige und Fürsten, verbanden sich bey dem Selbstzwang des Einlagers, wie solches die Geschichtschreiber insbesondere vom Kaiser Karl IV, Frantz dem Ersten, Könige in Frankreich, Wenzeslaus, Churfürsten in Sachsen und Balthasar, Landgrafen in

Thüringen

Thüringen erzählen [q]). Obzwar die Haltung des Einlagers und die Verbindung darauf in keine Wege für schimpflich gehalten wurde [r]), so war es dennoch verbothen, solches ausserhalb dem deutschen Reich zu halten [s]). Obwohl der ehemahlige Gebrauch des Einlagers auch in den hiesigen Landen nicht zu bezweifeln stehet, indem er sich auf gesetzlichen Bestättigungen gründet [t]), so hat man gleichwohl in den neueren Zeiten von dessen Anwendung keine Beyspiele. Es erhält sich das Einlager heutiges Tages nur noch lediglich in den Hollsteinschen Landen, und ist solches in Ansehung derselben durch die Vorschrift deutscher Reichsgesetze bestättiget [u]), so wie es ausser Hollstein in Deutschland nicht ferner statt hat [x])

Ausser

q) Müllers Staats-Cabinet 2ter Theil *p. 1. seqq.* POTGIESSER *de obstagio personali cap. 3. in fin.*

r) Friccius Widerlegung der ungegründeten Meynung, daß die Beziehung des Einlagers der Ehre nachtheilig sey, Hamburg 1732.

s) Reichsabschied von 1548. Art. 17. §. 9.

t) Die Mecklenburgschen Landes-Reversalen von 1621. §. 20. Beyspiele von dem Gebrauch des Einlagers finden sich schon vom Jahr 1562. s. Mantzel in den Bützowschen Ruhestunden Th. 14. S. 23.

u) *Instr. Pac. Osnab. art. 8. §. 5.* Reichsabschied von 1654. §. 170. Von den in den Holsteinischen Landen auf den Gebrauch des Einlagers sich beziehenden Landesgesetzen s. HELLFELD *c. l. p. 1409.*

x) Reichs-Policey-Ordnung von 1577. Art. 17. §. 10.

Ausser den bisher angeführten Mitteln, böse Schuldner zur Zahlung in der bestimmten Frist anzuhalten, hatte man ehemahls noch mehrere. Dahin gehörten besonders die Verpflichtung bey Strafe des Bannes, auf die Beläutung mit den Glocken, und die Verbindung auf Schmähschriften und Schandgemählde [y]). Die Einrichtung der Verbindung auf Schmähschriften und Schandgemählde war folgende: Man versprach in einer bestimmten Frist zu bezahlen, und falls man solches nicht erfüllen würde, solle der Gläubiger die Befugniß haben, in dem zu dieser Absicht in der Verschreibung leer gelassenen Raum zum Schimpf und Nachtheil des Schuldners, zu mahlen und zu schreiben, was ihm belieben würde, auch solches öffentlich bekannt zu machen. Der selige **Mantzel** führet in den **Bützowschen Ruhestunden** [z]) ein Formular von einer Obligation auf Einlager, Schmähschriften und Scheltworte vom Jahr 1570. an, welches ich, da jene Ruhestunden, besonders auswärtig, nicht in aller Händen sind, der Seltenheit wegen hier wörtlich anführe. "Wir Busso und Kuehne von Döhren, "Erbgesessen zu Rehberge bekennen öffentlich, mit "diesem unserm Brief, vor uns, unsere Erben „und

y) BRUNQUELL *de pictur. famos. et de pact. quo maiores nostri sub pictura famosa se obligarunt.* PET. MÜLLER *de obligat. sub infam.* beym Schelmschelten.

z) Theil 25. S. 27. Verschiedene Arten und Formeln von dergleichen Verschreibungen findet man bey dem LUDWIG *in Reliq. manuscript. T. II. p. 222.* und *T. I. p. 361.*

"und Erbnehmen (die Summe beträgt 3525
"Gülden, wofür sich Dreyzehn nahmentlich mit
"verschrieben) und wir jetzt genannte Bürgen be-
"kennen sämptlich und sünderlich, daß wir Georg
"von Döhren, seinen Erben und Erbnehmen von
"Busso und Kuehne von Döhren, ihre Erben
"und Erbnehmen für die obgenannte Haupt-
"Summe und Rente als Sachweldige, selb-
"schuldige Bürgen, bey unsern adelichen Ehren und
"Treuen mit gesampter ungeschiedener Hand, einer
"für alle und alle für einen angelobt und uns ver-
"pflichtet haben, derogestalt und also, wo sichs
"begebe, daß Busso undt Kuehne von Döhren,
"oder ihre Erben mit obbestimter Zahlung seu-
"mig würden, und Georg von Döhren, seine
"Erben oder Erbnehmen uns Bürgen der-
"halben einmahnten schriftlich oder müntlich, es
"wehr Hauptstuel, Rente, oder beweißlich dar-
"auf ergangen Schaden betreffend, so sollen und
"wollen wir Bürgen insgesammpt ohn alles für
"wenden oder entschuldigen, ein jeder in eigener
"Person mit einem Knechte und zweyen Pferden zu
"Neubrandenburgk in eine ehrliche nahmhaftigk
"gemachte Herberge einreiten, ein rittermässiges
"Inlager halten, als ehrliebenden vom Adel wohl
"anstehet, und daraus bey Tage, oder Nacht
"nicht ehr weichen, es sey denn Georg von Döh-
"ren, oder seinen Mitbeschriebenen ir Geld an
"Hauptstuel und Rente und alles, so drauf ge-
"gangen, ful und zur Genüge, entricht und be-
"zahlt. Darfür wir Bürgen keine Gunst, Frey-
"heiten, Exception, oder Beneficien der Rechte,
"noch

"noch einiger Obrigkeit Constitution, Arglist, "oder Gefehrde, neue, oder alte Fünde, wie die- "selben dieser Verschreibung zuwieder, oder die dar- "mit zu schwechen, erdacht werden mügen, gebrau- "chen, noch uns darmit beschützen sollen, noch willen "keinesweges, würden wir Bürgen in diesem unsern "Gelübde seumig sein, daß dieser Vorschreibung "nicht genug geschege, so geben wir dem Inhaber "dieses Brieses Macht und Gewalt, uns mit "Schmähschriften, Scheltworten und wie ihm "Not ist, zu vorfolgen, bis wir gehalten und be- "zahlt haben nach laut dieß Brieffs. Were "auch in diesen Brieffe was verseumpt in Tich- "ten, oder Schreiben, oder, daß ehr sünsten lö- "cherig, oder naß würde, daß soll uns Haupt- "mannen und Bürgen zu keinen framen und "Brieffs Inhabern zu keinen Schaden kommen, "sondern alles getreulich und ungefehrlich. Alle "hirin verzeichnete Artickel und Punckten gelo- "ben — Actum im Jahr nach Christi unsers "Heylandes Geburt Funfzehnhundert und sieben- "zigk. Am Tage trium Regum." Der Ge- brauch, sich besonders auf Schmähschriften zu verbinden, kam nach dem Interregno auf, und war vordem in Deutschland sehr allgemein [aa]). Denn selbst bey dem Reichs-Kammergericht pflegte man wenigstens auf dergleichen Verbin- dungen

aa) POTGIESSER *de obstag. personal. eiusq. antiq. in German. vsu, Marb. 1722.*

dungen Mandata sine Clausula zu erkennen [bb]); inzwischen sind heutiges Tages alle dergleichen Verbindungen auf Schmähschriften in Deutschland aufgehoben, und in Reichsgesetzen verbothen [cc]).

Die Banqueroutirer wurden auch ehedem zum Hunde- [dd]) und Steinetragen, imgleichen dazu verurtheilet, sich auf dem sogenannten Lasterstein an öffentlichen Plätzen zu jedermanns Verspottung am hellen Mittage niederzusetzen [ee]). In **Mecklenburg** und an einigen andern Oertern Deutschlandes mußten vordem die Schuldner, nachdem ihnen alle Güther genommen waren, sich öffentlich auf dem Markt mit aushängenden ledigen Taschen darstellen; an andern wurden sie durch die Gassen geführet, und die gemeinen Jungens trugen vorne und hinten ledige Beutel. Der selige **Mantzel** [ff]) vermuthet nicht ohne Grund, daß von dieser alten Gewohnheit die niedersächsische Redensart: **he geith, aß wenn he uhtschüddet wär**, herzuleiten sey. Die Hanseestädte machten im Jahr 1620 wider die Banqueroutirer eine besondere Verordnung, worinnen

bb) Cramer in den Wetzlarschen Nebenstunden Th. 77. *n.* 4.

cc) Reichs-Policey-Ordnung von 1577. §. 7.

dd) Von dieser ehemahl in Deutschland üblichen Strafe s. CRVSIVS *de κυνοφορίᾳ siue canum portat. poena apud Saxones vsitata.*

ee) MEV. *Theatr. conc. cred. c. 1. Th. 37. n. 27.*

ff) A. O. Th. 21. S. 29.

innen es unter andern heißt: "Daß nach vorher-"gegangener Declaration nicht allein die Schand-"glocke über sie geläutet, sondern sie auch mit öf-"fentlicher Anstellung an den Pranger, ewiger "Landes-Verweisung, auch nach vermerkten Um-"ständen als Diebe und Falsarii an Leib und Le-"ben gestrafet werden sollen„ gg). An einigen Oertern wird den Banqueroutirern bey der öffentlichen Ausstellung ein Zettel, welcher eine kurze Anzeige des begangenen Betrugs enthält, an die Brust geheftet, an andern müssen sie ein gelbes Baret tragen hh), an andern werden sie besonders zum

gg) LVDOVICI *Diss. de eo quod iustum est circa Campanas, Hal. 1739. §. 44.*

hh) Dieses findet besonders in Chur-Sachsen statt, s. *Resolut. ad Grauam.* von 1661. Tit. von Justitien Sachen §. 78. "Und da ein Fallit in unsern "Landen seinen Gläubigern nicht vollständig Zahlung "leisten könne, gleichwohl aber sie zu guthwilligen "Remission und zur Erlassung der Haft vermögen "thäte, uff solchem Fall zwar auf freien Fuß ge-"stellet, jedoch eine Zeitlang nach des Iudicis Er-"mäßigung zu Anzeigung seines in Nachläßigkeit "und Verschwendung geführten Lebens einen gelben "Huth tragen, und andern seines gleichen besser, als "er haußzuhalten, ein Beyspiel damit geben soll,„ s. auch die Leipziger Handlungs-Ordnung Tit. 22. Da inzwischen diese Vorschrift ihren Endzweck nicht erreichte, und die Betrügerey dadurch nicht vermindert wurde, so ist in dem Chursächsischen Banqueroutier-Mandat vom 27. Jun. 1724. verordnet worden, daß der Richter bey einem vorgegangenen Banquerout es nicht bloß bey dem gelben Huthtragen bewenden lassen, sondern vielmehr die Infamie gegen die Betrüger besonders aussprechen solle,

Tobackspinnen [ii]), oder sonst zu schweren Arbeiten verurtheilet, bis sie der Schulden halben befreyet, oder derselben gänzlich entlassen sind [kk]). Nach einer Verordnung der Stadt Wismar [ll]) sollen muthwillige Banqueroutirer mit umgehangenen Ruthen an den Pranger gestellet und der Stadt verwiesen, auch nach der Grösse des Vorsatzes und des verursachten Schadens am Leib oder Leben bestrafet werden. Ein flüchtiger Banqueroutirer soll mit Steckbriefen verfolget, und im Fall man seiner dennoch nicht wieder habhaft würde, öffentlich für ehrlos erkläret, und sein Nahme an den Pranger geschlagen werden.

Obzwar die peinliche Gerichts-Ordnung die eigentliche Strafe der Banqueroutirer nicht genau bestimmet, so wollen gleichwohl verschiedene deutsche Reichsgesetze [mm]), daß muthwillige Banqueroutirer den Dieben gleich geachtet, zu keinen Aem-

le, s. den Geist der Criminalgesetze, Hamburg 1777. *n.* 5.

ii) Unter andern sollen in Nürnberg über dem Eingang des Werkhauses folgende Worte geschrieben stehen: "Wer keine Seid hat nie gesponnen, mehr "hat verthan, als er gewonnen, der gehe ein zu "dieser Thür, und spinne nun Toback dafür, s. MANTZEL *de ergast. prouincial. comm. adornandis.*

kk) Die Nieder-Oesterreichische Executions-Ordnung Tit. 3. §. 13.

ll) Die Verordnung wider boshafte Schuldner und Banqueroutirer v. J. 1750.

mm) Reichs-Policey-Ordnungen von 1548. Tit. 22. §. 1. und von 1577. Tit. 23. §. 2.

Aemtern, Ehren und Würden gelassen werden, und keinen Anspruch auf Indulte und Moratorien, die den unglücklichen Schuldnern sonst bewilliget zu werden pflegen, machen sollen. Ob es nun gleich bey dem Mangel besonderer Landesgesetze bey demjenigen, was die deutschen Reichsgesetze des Banquerouts wegen verordnen, das Bewenden behält; so ist es dennoch nach dem Gerichtsgebrauch keinem Zweifel unterworfen, daß auch die Banqueroutirer, in soferne in diesem oder jenem Lande nicht etwas Näheres verfüget worden, nach den Grundsätzen, die von dem Laster der Verfälschung und der Betrügerey gelten, bestrafet werden müssen nn). Wann nun gleich letzteres Verbrechen nach der Grösse der Bosheit und des verursachten Schadens, nach der peinlichen Gerichts-Ordnung, am Leibe oder Leben zu bestrafen ist oo); so pfleget dennoch der Gerichtsgebrauch von der Strenge der Gesetze in Erkennung der Todesstrafe wegen blosser Betrügerey abzugehen, und höchstens nur bey einer Leibesstrafe stehen zu bleiben pp), in soferne nicht eine ganz besondere Bosheit und eine ausnehmende Grösse des verursachten Schadens die That graviren sollte, da denn, gleichsam vermöge einer Ausnahme, auf die Todesstrafe, oder auf den Strang erkannt

 werden

nn) Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Zwote Auflage §. 442.

oo) Art. 112. und 113. P. G. O.

pp) KRESS *ad art. 112. CC. §. 11. n. 3.* Meister in den rechtl. Erkenntnissen in peinl. Fällen im 2ten Theil *Dec. 51.*

werden kann [qq]). Bey so bewandten Umständen kann demnach eines blossen Banquerouts wegen meinem Bedünken nach nicht leicht auf die Todesstrafe, sondern vielmehr auf eine andere, welche gewöhnlich nach Beschaffenheit der Grösse der Bosheit und des verursachten Schadens in Gefängniß, Landesverweisung, Verurtheilung zum Zuchthaus, oder andern schweren Arbeiten bestehet, erkannt werden. Wollen nun gleich andere Rechtslehrer [rr]), daß, weil die Banqueroutirer nach den Reichsgesetzen sich mit den Dieben wohl vergleichen, dieselben auch bewandten Umständen nach, als andere Diebe am Leben bestrafet werden könnten; so ist dennoch dagegen zu erwägen, daß in den Reichsgesetzen, wie der Augenschein ergiebet, die Vergleichung der Banqueroutirer mit den Dieben nur verhältnißmäßig, mithin nicht in Absicht der Strafe, sondern vielmehr lediglich nur, um die eigentliche Beschaffenheit des Verbrechens zu beschreiben und kennbar zu machen, geschehen sey. Ueberdieß ließe sich daraus, gesetzten Falls, daß die Vergleichung auch besonders auf die Art der Strafe gerichtet wäre, nicht im mindesten die Folge ziehen, daß nun ein muthwilliger Banqueroutirer Inhalts der Reichsgesetze schlechterdings am Leben bestrafet werden müsse, indem nach der peinlichen Gerichts-Ordnung

qq) Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinl. Fällen *Obs.* 1.

rr) HOFFMANN *Diss. de Iustitia poen. capital. debitoribus obaerat. imponendae Ien.* 1727.

nung [ss]) nicht alle und jede Diebe am Leben bestrafet werden, vielmehr nach dem Gerichtsgebrauch das Erkenntniß der Todesstrafe sehr vielen gegründeten Einschränkungen unterworfen ist, und gleichsam nur vermöge einer Ausnahme bey vorhandenen besonders gravirenden Umständen statt findet.

Da nun die eigentliche Strafe der Banqueroutirer am meisten und vorzüglich nach den Grundsätzen des Lasters der Verfälschung und der Betrügerey zu bestimmen ist; so folget daraus von selbst, daß alle diejenigen Umstände, die bey jener als Gründe zur Milderung der Strafe in Betracht kommen, auch bey einem begangenen Banquerout in Erwägung zu ziehen sind, und daß daher nach der Grösse und Beschaffenheit des Vorsatzes und des verursachten Schadens auch eine grössere, oder geringere Strafe billig zu erkennen sey. Würde auch derjenige, der in vermögenlose Umstände gekommen ist, nachhin vielleicht Gelegenheit finden, seinen Gläubigern Befriedigung zu leisten, oder würden die letzteren sich mit ihrem gemeinschaftlichen Schuldner in einem Accord einlassen, oder wenigstens für ihn Vorbitte einlegen, so pfleget die Strafe, wo nicht gar nachgelassen, doch wenigstens gemildert zu werden; es wäre dann, daß ein Banqueroutirer seine Gläubiger lediglich durch hinterlistige Berückungen und Beredungen zum Accord verleitet haben sollte, da denn in diesem letztern Fall der getroffene Accord dem Banqueroutirer unter keinen

ss) Art. 157. 158. 159. 160. 161. P. G. O.

Umständen zur Milderung der Strafe gereichen könnte, vielmehr die Obrigkeit von Amtswegen zu verfahren und zu strafen befugt bliebe.

Wenn gleich verschiedene statutarische Rechte bey dem Banquerout unter Vorsatz und Nachläßigkeit keinen Unterscheid machen, vielmehr, ohne darauf zu sehen, ob der Banquerout in ersterem, oder in letzterer seinen Grund habe, einerley Strafe erkannt wissen wollen, so hat es gleichwohl keinen Zweifel, daß in Ermangelung besonderer Landesgesetze, derjenige, welcher nicht sowohl durch ein üppiges und verschwenderisches Leben, als vielmehr bloß durch Fahrläßigkeit in vermögenlose Umstände gerathen ist, und daher seine Gläubiger nicht befriedigen kann, zwar nicht als ein eigentlicher Banqueroutirer zu bestrafen; inzwischen nicht von aller Strafe zu entbinden tt), vielmehr

tt) Die Mecklenburgische Policey-Ordnung von 1572. Tit. von wucherlichen Contracten stimmet damit überein, als worin es merklich heißt: "Weil auch die Schuldner oftmals aufstehen und "ihre Gläubiger nicht bezahlen; so wollen wir hie-"mit gnädiglich unsern Unterthanen gewarnet und "an sie gesonnen und begehret haben, daß sie auf "ihre Sach gute Achtung geben, und ihr Geld ausser "Landes ihnen selbst zum Schaden und Verderb "nicht ausleihen, und dadurch nach unziemlichen Ge-"nieß und Wucher nicht trachten. Da aber solches "geschehen und sie in Schaden dadurch kommen wür-"den, sollen sie solchen erlittenen Schaden nicht al-"lein uns nicht, sondern ihnen selbst und ihrem un-"zeitigen, unrechtmäßigen Geitz klagen, und dane-"ben auch wissen, weil sie das Ihre gemißbrauchet "und wider göttliche und Kaiserliche Rechte gethan, "daß wir derowegen sie auch ferner in Strafe zu "nehmen, nicht unterlassen wollen."

vielmehr nach dem Ermessen vernünftiger Richter mit einem Gefängniß von einigen Monathen zu bestrafen sey.

Im Fall verschwenderische Ehefrauen den Banquerout ihrer Ehemänner veranlasset, oder wenigstens befördert haben, so sind dieselben nicht allein als eigentliche Theilnehmerinnen und Beförderinnen anzusehen, und nach richterlichem Ermessen verhältnißmäßig zu bestrafen, sondern es hat auch nach den Meynungen angesehener Rechtslehrer kein Bedenken, daß einer verschwenderischen Ehefrau, die ihr Eingebrachtes mit durchbringen geholfen hat, nach entstandenem Concurs über ihres Ehemannes Vermögen, die ihr sonst zu gut in den Rechten verordnete Wohlthaten nicht füglich zu statten kommen können [uu]). Es ist auch in der Churbraunschweigschen Banqueroutirer-Ordnung davon insbesondere folgendergestalt versehen: "Wann die Creditores mit "Grund darthun und beyzubringen vermögen, daß "der Mann durch üppiges, verschwenderisches Leben, oder sonst durch Verschulden seiner Frau in "üblen Zustand und Falliment gerathen, alsdenn "sollen die den Frauen sonsten in Rechten zu guthe "verordneten beneficia derselben keines Weges zu "statten kommen, sondern sie derselben vielmehr "gäntzlich verlustig, mithin von ihrem eingebrachten dote und übrigen illatis ehender nichts zu fodern, befugt seyn, bis die sämtlichen Creditores, "es mögen dieselben hypothecarii, oder andere

uu) Struben in dem fünften Theil der rechtl. Bedenken *n.* 77.

"schlechte Gläubiger seyn, wenn sie nur, daß "die liquidirte Foderung richtig seyn, dociret "und beygebracht, ihre völlige Befriedigung er-"langet."

Nach den Mecklenburgschen Rechten sollen die Banqueroutirer, oder die muthwilligen Schuldner nicht allein zum Schuldthurm verurtheilet werden [xx]) und darin von ihren Gläubigern zu ihrem Unterhalt täglich nur einen Schilling erhalten, sondern sie sollen auch zum beneficio cessionis, um sich dadurch von der gefänglichen Einziehung zu befreyen, nicht zugelassen werden [yy]). Dieselbe Strafe, mit welcher die Banqueroutirer selbst zu belegen sind, findet nach Mecklenbürgschen Rechten auch in Absicht ihrer verschwenderischen Eheweiber statt, gleich es denn in der **Mecklenburgschen Hof- und Landgerichts-Ordnung im 2ten Theil Tit. 45. §. 1.** unter andern merklich heißt: "Darunter denn auch "der Falliten Eheweiber, so ihrer Ehemänner "Umschläge verrichten, selbst mit zehren, banque-"tiren und in aller Ueppigkeit, Hoffart und Pracht "leben, und also ihrer Ehemänner und deren Cre-"ditoren und Bürgen Ungelegenheit, Schaden "und Abnehmen selbst verursachen, und dessen "überwiesen werden, zugleich mit sollen verstanden "werden." Ob es nun zwar nicht an Beyspielen fehlet, daß in **Mecklenburg** Inhalts der angeführten

xx) Landes-Verordnungen von den Jahren 1602. und 1610.

yy) Die Land- und Hofgerichts-Ordnung Theil 2. Tit. 45. §. 1.

führten Vorschriften wider die muthwilligen Banqueroutirer verfahren worden [zz]), so hat es gleichwohl heutiges Tages bey demjenigen, was nach den gemeinen Rechten und dem Gerichtsgebrauch wegen der Strafe muthwilliger Banqueroutirer statt findet, der Regel nach das Bewenden. Obwohl nach der **Rostockschen Falliten-Ordnung von 1750.** die muthwilligen Banqueroutirer schlechterdings mit dem Zuchthause bestrafet werden sollen, so lehret gleichwohl die Erfahrung, daß solche nur unter denjenigen Einschränkungen, unter welchen überhaupt nach dem Gerichtsgebrauch eines Banquerouts wegen auf die Verurtheilung zum Zuchthaus erkannt zu werden pfleget, zur würklichen Anwendung komme.

zz) *Ius Mecklenb. et Lubec. illustrat. Cent. 5. Iud. 38.* Struven von dem Ursprung Unterschied und Gerechtsamen der Landstände im Herzogthum Mecklenburg S. 207. 208.

XIV.

Ob ein Hausvater, in dessen Wohnung Feuer ausgekommen ist, bey verursachten Schaden den Mangel seiner Fahrläßigkeit beweisen müsse?

So ausgemachten Rechtens auch der Satz ist, daß ein Hausvater denjenigen Schaden ersetzen müsse, der durch das in seiner Wohnung entstandene Feuer andern verursachet worden, in soferne sich letzteres in einer geständlichen, oder bewiesenermassen begangenen Fahrläßigkeit [a]) gründet [b]), eben so richtig ist diejenige durch den Gerichtsgebrauch bestättigte Meynung, nach welcher ein Hausvater in dem bemerkten Fall nur sodann für die Nachläßigkeit der Seinigen und besonders seines Gesindes einstehen müsse, wann er es entweder beweislich an genugsamer Aufsicht ermangeln lassen, oder auch das Gesinde, von deren Ruchlosigkeit im Umgehen mit Feuer und Licht er genugsame Wissenschaft gehabt, nicht zu entfernen

a) Man verstehet jedoch hier eine solche Fahrläßigkeit, die zu dem entstandenen Feuer eine unmittelbare Veranlassung gegeben hat. LAVTERBACH *Conf. Tubing. Vol. 2. Conf. 129. n. 20.*

b) *L. 28. §. 12. de poen. L. 9. de incend. ruin. naufrag.* Die bekannte Paroemie: ein Nachbar ist dem andern einen Brand schuldig, kann daher nur bey einem bloß zufälliger Weise entstandenen Feuer einige Anwendung finden.

nen gesuchet hat [c]). Gegentheils ist unter den Rechtsgelehrten die Beantwortung der aufgeworfenen Frage: Ob nämlich ein Hausvater bey entstandener Feuersbrunst den Mangel der Fahrlässigkeit, sowohl auf Seiten seiner, als der Seinigen beweisen müsse? vielen Zweifeln und Einwendungen unterworfen. Sehr viele Rechtslehrer [d]) bejaen diese Frage ohne Einschränkung, und beziehen sich zur Begründung ihrer Behauptung sogar auf gesetzliche Vorschriften [e]), nach welchen nämlich

c) *L. 11. de peric. et comm. rei vend. L. 27. D. ad L. Aquil. L. 3. pr. de publican. L. 11. pr. locat.* Struben in dem ersten Theil der rechtl. Bedenken *n. 179.* CRAMER *Tom. 4. Obs. 1247.* LEYSER *Spec. 47. n. 9.* und *Spec. 217. n. 1.*

d) MENOCH *de arb. Iud. Quaest. q. 390. n. 2.* BERLICH *P. 4. Concl. 25. n. 83.* CARPZOV. *q. 39. n. 63.* und mehrere andere beym BARBOSA *in Thesauro locor. commun. Lib. 9. cap. 41. ax. 1.*

e) *L. 3. §. 1. de offic. praefect. vigil.* v. cognoscit praefectus vigilum de incendiariis, effractoribus, furibus, raptoribus, receptatoribus: nisi si qua tam atrox, tamque famosa persona sit, vt praefecto vrbi remittatur, *et quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium:* aut fustibus castigat eos, qui negligentius ignem habuerunt: aut seuera interlocutione comminatus, fustium castigationem remittit. Nach den gegründeten Bemerkungen anderer ist inzwischen nach der vorstehenden gesetzlichen Vorschrift bey entstandenen Feuersbrünsten nicht schlechterdings die culpa zu vermuthen, sondern vielmehr auf alle eintretende Umstände vieler Betracht zu nehmen und darnach zu beurtheilen, ob und in wieferne für, oder wider die Nachlässigkeit des Hausvaters zu vermuthen sey. s. BRUNNEM. *ad Pandect. Lib. 1. Tit. 15. n. 7.* MENOCH *de A. I. Q. Lib. 2. cas. 390.* CARPZOV. *q. 309. n. 28.*

nämlich gewöhnlichermassen Feuersbrünste durch die Fahrläßigkeit derjenigen, in deren Wohnungen sie ausbrechen, zu entstehen pflegen. Diejenigen Rechtslehrer, welche dieser Meynung zugethan sind, wollen zum theil, daß den Hausvater die Entschuldigung, daß er sich gleichwohl nur einen sehr geringen Grad der Nachläßigkeit habe zu Schulden kommen lassen [f]), von der Ersetzung des Schadens nicht befreyen könne, vielmehr letztere unter allen Umständen so lange platzgreiflich werden müsse, als der Hausvater davon noch nicht hinlängliche Beweise beygebracht hat, daß das Feuer lediglich durch einen ohngefähren Zufall, dessen Abwendung nicht in seiner und der Seinigen Macht gestanden, verursachet worden sey [g]). Allein, das Unrichtige dieser Behauptung ist wenigstens

f) Wann inzwischen die Feuersbrunst nur in der culpa leuissima des Hausvaters ihren Grund haben und omittendo veranlasset seyn sollte, so sprechen andere den Hausvater von der Schadensersetzung frey, in so ferne er anders nicht den höchsten Grad des Fleisses vertragsweise über sich genommen haben, oder er auch dazu nach der besonderen Natur des Contracts an und für sich gehalten seyn sollte. s. MASCARD *de probat. concl. 893. n. 9.* BRUNNEMANN *Comm. ad Pandect. c. l.*

g) CARPZOV. *q. 39. n. 64.* SANDE *Lib. 8. Tit. 6. d. 9.* BRUNNEM. *ad Pandect. c. l.* Die angeführten Rechtslehrer überheben inzwischen einen Hausvater in dem Fall der Last des zu führenden Beweises, wenn der Kläger die Nachläßigkeit des Hausvaters oder sonst dieses oder jenen von den Bewohnern zum Grunde seiner Klage gesetzet haben sollte. s. MASCARD *concl. 893.* BRUNN. *c. l. n. 8. 9.*

nigstens in dem Fall sofort auffallend, wenn etwa von einem Pächter die Rede seyn mögte, indem derselbe, in soferne er sich nicht vertragsweise zu einem höheren Grad des Fleisses verbindlich gemacht haben sollte, bekannten Rechten nach nur in soferne zu der Ersetzung der verursachten Schäden gehalten wird, als insbesondere die von ihm bewiesene culpa leuis zu beweisen stehet [h]).

Die Vertheidiger der angezogenen Meynung, daß nämlich ein Hausvater den Schaden ersetzen müsse, wann er bey einem entstanden gewesenen Feuer den Mangel der Fahrläßigkeit auf Seiten seiner und der Seinigen nicht beweisen könne, meynen die Einwürfe, daß gleichwohl der Regel nach dem Kläger, oder demjenigen, der etwas von dem andern fordert, der Beweis obliege und daß in dem *L. 3. §. 1. offic. praefect. vigil.* nicht sowohl verba dispositiua, als vielmehr nur enunciatiua gebrauchet würden, dadurch zu heben, wenn sie gegentheils behaupten, daß der erste Einwurf darum keine Aufmerksamkeit verdienen könne, weil eine Rechtsvermuthung in dem gegenwärtigen Fall für den Kläger obwalte, und der zwote Einwurf darum wegfalle, weil nicht allein in den Fragmenten der Rechtslehrer, sondern auch in den Pandecten selbst, gewöhnlich nur verba enunciatiua gebrauchet zu werden pflegen.

Sowenig zweifelhaft nun zwar nach den Gesetzen der Satz ist, daß, in soferne ein Pächter etwa

h) *L. 31. in fin. locat. conduct. L. 23. de R. I.* MYNSINGER *Cent. VI. Obs. 88.* GAIL *Lib. 2. Obs. 21. n. 3.* WERNHER *P. 4. Obs. 214. n. 137.*

etwa die Wiedergabe des gepachteten Grundstücks versprochen haben sollte, wann ihn anders nicht entweder eine unabzuwendende Gewalt von aussen, oder die innere Beschaffenheit der gepachteten Sache, daran verhindern mögten, derselbe der Regel nach mit dem angeblichen Mangel der Fahrlässigkeit nicht zu hören sey [i]), so ungezweifelt richtig ist gegentheils derjenige, daß ausser der angeführten Einschränkung ein Hausvater, er mag übrigens zugleich Pächter seyn, oder nicht [k]), in dem Fall, da in seiner Wohnung Feuer ausgekommen, wodurch andern Schade zugefüget worden, den Beweis von dem Mangel der Fahrlässigkeit in keine Wege zu führen habe. Denn, obwohl letzteres dem angezogenen *L. 3 §. 1. de offic, praefect. vigil.* gemäß zu seyn scheinet, so sind gleichwohl andere deutliche Stellen im Römischen Recht [l]) vorhanden,

i) *L. 30. §. 1. Locati conducti* v. Colonus villam hac lege acceperat, vt incorruptam redderet, praeter vim et vetustatem Coloni seruus villam incendit non fortuito casu? Non videri eam vim exceptam respondit: nec id pactum esse, vt si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrariam vim vtrosque excipere voluisse.

k) *Arg. L. 15. §. 2. Locati conducti.* SCHNEIDEWIN *ad §. 28. Inst. de act.* GAIL *c. l.*

l) *L. 11. D. de peric. et comm. rei vendit.* v. Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? Respondit: quia sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si seruorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit, quamobrem, si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare,

vorhanden, nach welchen bey einem entstandenen Feuer eher zu vermuthen, daß solches auf einem ohngefähren Zufall, als auf der Fahrläßigkeit des Hausvaters, in dessen Wohnung das Feuer ausgekommen ist, beruhe. Wenigstens kommt hiebey alles auf die eintretenden Umstände an, und nach denselben ist, besonders mit Rücksicht auf das vorherige Betragen des Hausvaters, ob solches nämlich von Fleiß und Vorsicht desselben zeuge, oder nicht, für oder wider ihn zu vermuthen [m]). Ausser dieser Betrachtung, daß die Gesetze nicht allenthalben in der Beantwortung der Frage, ob bey einem entstandenen Feuer für oder wider den Bewohner, bey dem es zuerst ausgebrochen, zu vermuthen sey, übereinstimmen, vielmehr nach verschiedenen Stellen des Römischen Rechts wohl gar das erstere anzunehmen seyn mögte, ist annoch besonders

re, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit, nisi dolo vel latiori negligentia combustio facta. *L. 23. in fin. de Reg. Iur. in fin.* animalium vero casus, mortes, quaeque sine culpa accedunt, fugae seruorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum, a nullo praestantur *L. 11. de incend. ruin. naufrag.* si fortuito incendium factum sit, venia indiget, nisi tam lata culpa fuit, vt luxunae aut dolo sit proxima *L. 5. §. 4. Commodati vel contra v.* proinde et si incendio, vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale non tenebitur, nisi forte, cum possit, res commodata saluas facere suas praetulit.

m) VINN. *L. 1. q. 35.* LEYSER *Spec. 176. n. 6.* und *Spec. 217. n. 3.*

besonders zu bemerken, daß selbst nach dem zum Beweis des Gegentheils angeführet werdenden *L. 3. §. 1. de offic. praefect. vigil.* die Fahrläßigkeit des Hausvaters, in dessen Wohnung Feuer, das andern schädlich geworden, ausgekommen, nicht schlechterdings zu vermuthen sey. Denn, wenn gleich nach dem oft angezogenen Gesetz incendia culpa inhabitantium zu erfolgen pflegen, so kann dennoch nach den gegründeten Bemerkungen anderer Rechtslehrer n) daraus nur die Vermuthung für die Fahrläßigkeit der Bewohner überhaupt, oder die culpa generalis, keines Weges aber für die Nachläßigkeit des Hausvaters insbesondere, oder für das Daseyn der culpae specialis, vermuthet werden. Die allgemeine und in den Gesetzen gewissermassen begründete Vermuthung der culpae generalis in incendio reichet daher in keine Wege hin, um letztere auch besonders bey dem Hausvater annehmen zu können, vielmehr ist bey dem Mangel des Beweises der culpae specialis, das incendium lediglich als ein solches, das durch einen Unglücksfall verursachet worden, anzusehen, und der Hausvater demnach nicht zu der Ersezzung der durch das Feuer verursachten Schäden anzuhalten o).

Weil nun angezogenermassen bey einem entstandenen Feuer nicht schlechterdings für die Fahrläßigkeit des Hausvaters, in dessen Hause jenes

n) GAIL *l. c. n. 55.*

o) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 3. Tit. 9. Th. 12. n. 2.* WERNHER *P. 1. Obs. 200.* GAIL und MYNSINGER *c. c. l. l.*

jenes ausgebrochen, zu vermuthen ist [o]), folglich es an einer angeblich vorhanden seyn sollenden praesumtione iuris, die den Kläger des Beweises überhebet, ermangelt, so hat es auch bey dem allgemeinen Grundsatz der Rechte, nach welchem dem Kläger der Beweis oblieget [q]), in dem gegenwärtigen Fall um somehr das Bewenden, als derselbe nirgends und selbst nicht in dem *L. 3. §. 1. de offic. praefect. vigil* aufgehoben, oder eingeschränket worden. Ohnehin ist die Behauptung der von andern angeblich bewiesenen Fahrlässigkeit eine Thatsache, die von denjenigen, die sich darauf berufen, um somehr gehörig dargethan werden muß, als die culpa insbesondere den Rechten nach nicht vermuthet zu werden pfleget [r]). Bey so bewandten Umständen daher und weil selbst nach dem Ausspruch der Gesetze von der Fahrläßigkeit der Hausleute auf die Fahrläßigkeit des Hausvaters selbst nicht zu schliessen, die angebliche Nachläßigkeit auch an sich betrachtet eine Thatsache ist, die von demjenigen, der sich darauf berufet, bewiesen werden muß, und eine jede praesumtio doli et culpae exclusiua ist, so behaupten auch die angesehensten Rechtslehrer, in Ermangelung genugsam bestimmter gegenseitiger Aussprüche der Gesetze, mit Recht, daß

 dem

p) *L. 11. de peric. et comm. rei venditae.*

q) *L. 4. C. de edendo. L. 23. §. fin. ad L. Aquil. L. 2. de probat.*

r) WERNHER *P. 1. Obs. 200. n. 6.* v. quippe in aprico est, culpam atque negligentiam facti esse, adeoque ab allegante probandam.

Hausvater der Beweis von dem Mangel der Fahrläßigkeit auf Seiten seiner und seiner Hausgenossen um so weniger obliege [s]), als ohnehin von einem jeden die Vermuthung zu fassen, daß er zur Erhaltung seiner eigenen Güther allen Fleiß und alle Vorsicht werde angewandt haben [t]). So richtig nun der Grundsatz an sich ist, daß nämlich ein Hausvater, in dessen Hause Feuer ausgekommen, wodurch entweder die Nachbaren, oder der Hausherr in Schaden gesetzet worden, den Beweis von dem Mangel seiner Fahrläßigkeit nicht zu führen habe [u]), so wenigen Zweifel hat es gleichwohl, daß diejenigen, die das Gegentheil behaupten, in Ermangelung vollständiger Beweise, zu gegründeten Vermuthungen ihre Zuflucht nehmen können [x]). So wie nun bewandten Umständen nach, und wenn jene gegründete Vermuthungen den Hausvater wegen der bey dem entstandenen Feuer bewiesenen Fahrläßigkeit verdächtig machen sollten, und er zugleich jene durch scheinbare Gründe nicht widerlegen oder schwächen könnte, derselbe sich wenigstens wegen der angeschuldigten Fahrläßigkeit eydlich reinigen

muß

s) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 39. Obs. 5.* SCHILTER *Ex. V. §. 11.* WERNHER und BERGER *c. c. l. l.* RICHTER *Dec. 142.* MEV. *ad Ius Lubec. P. 3. Tit. 8. art. 1. n. 24.* WESENBEC. *Comm. in Pandect. Lib. 19. Tit. 3. n. 15.*

t) *Arg. L. 25. D. de probat.*

u) WESTENBERG *in Princip. Iur. Lib. 19. Tit. 2. §. 51.* MASCOV. *de incend. p. 36.* Meine Grundsätze des peinl. Rechts §. 204.

x) LEYSER *Spec. 176. n. 6.* und *Spec. 217. n. 3.*

muß [y]), so ist gegentheils ein Hausvater ohne vorgängige eydliche Reinigung frey zu sprechen, der wegen der bewiesenen Nachläßigkeit keine andere Vermuthung, als die allgemeine, daß die Feuersbrünste gewöhnlichermassen durch den Mangel der Aufsicht, oder der Fahrläßigkeit der Bewohner zu entstehen pflegen, wider sich haben mögte [z]). Dahingegen würden der, oder diejenigen, die durch das entstandene Feuer in Schaden gesetzet worden, sogar zum Erfüllungs-Eyde zuzulassen seyn, wenn sie zu beweisen im Stande seyn mögten, daß nicht allein der Hausvater wegen seiner vorherigen Lebensart die größte Vermuthung der bewiesenen Fahrläßigkeit wider sich, sondern auch bey dem entstandenen Feuer besonders sich verdächtig betragen habe, und keine auf scheinbare Gründe beruhende Ursache angegeben werden könnte, die zu dem ausgebrochenen Feuer eine unmittelbare Veranlassung gegeben hätte. Sowenig inzwischen ein Depositarius verbunden ist, bey einem entstandenen Feuer die ihm zur Aufbewahrung anvertrauete Sache mit dem Verlust seiner eigenen zu retten [aa]), so ist gleichwohl ein Commodatarius, der bey einem entstandenen Feuer im Collisions-Fall seine eigene

 Sachen

y) KRESS *ad art. 125. CC. in fin.* BERGER *c. l.* HELLFELD *in Annotat. ad Engauii Elementa Iur. Criminal. §. 433.*

z) Arg. L. 11. de peric. et comm. rei venditae. FINCKELTHAVS. *Obs. 89.* COCCEJI *de doli culpae et negligent. praestat. in quolibet negotio Disp. 3. §. 29. 30.*

aa) L. 5. D. Commodat. L. 23. de R. I. L. 32. Depositi.

Sachen zu retten suchet, nach den Gesetzen zu der Ersetzung des Schadens gehalten [bb]).

Gleich nun bey ermangelndem Beweise der Fahrläßigkeit ein Nachbar wider den andern zu der Ersitzung des erlittenen Schadens nicht klagen kann, vielmehr in einem solchen Fall die bekannte Paroemie: **ein Nachbar ist dem andern einen Brand schuldig**, Anwendung findet, so ist inzwischen ein jeder Hausvater, wenn eine Feuersbrunst, entweder durch einen blossen Unglücksfall, oder durch das Versehen der Hausleute, die aber die Schadensersetzung nicht leisten können, entstanden seyn mögte, sein abgebranntes Haus aus eigenen Mitteln wieder aufzubauen [cc]) verbunden, obwohl die Baumaterialien gewöhnlich unentgeldlich geliefert zu werden pflegen. So wie nun ein Hausvater, der sich der Wiederaufbauung ohne genugsame Gründe weigert, und durch wiederholte Verordnungen dazu nicht gebracht werden kann, nach verschiedenen Policeygesetzen das Eigenthum des Platzes zu verlieren pfleget, so wird gleichwohl demjenigen, der lediglich aus Armuth und Mittellosigkeit nicht wieder aufbauen kann, entweder der Werth des Platzes bezahlet, oder es wird auch das abgebrannte Haus auf öffentliche Kosten wieder erbauet, und dem Abgebrannten erlaubet, gegen Bezahlung eines jährlichen Grundzins darin wohnen zu können.

bb) L. 5. §. 4. in fin. L. 18. pr. Commodati §. 2. Inst. quib. mod. re contrah. obl.

cc) L. 8. C. de aedific. priuat. L. 46. de damn. infect. L. 7. de off. praes.

XV.

XV.

Von der Reconvention in peinlichen und Strafsachen.

Sowenig es auch einem peinlich Angeklagten, wenn er gleich eine obsiegliche Urthel erhalten hat, frey stehet, von dem Ankläger Genugthuung, oder die Ersetzung seiner Schäden und Kosten zu fordern, wenn dieser anders den Grund seiner Anklage auf richtig befundenen Beweisthümern, oder redlichen Anzeigen gebauet hat [a]), so ausgemachten Rechtens ist es gegentheils, daß der Angeklagte wegen der zugefügten Schmach, Schäden und Kosten von dem Ankläger Vergütung fordern könne, wenn er die Calumnie desselben zu beweisen im Stande ist [b]), und daß es sodann auch nicht einmahl darauf ankomme, ob in der Urthel dem Angeklagten der Regreß wider den Ankläger besonders vorbehalten sey, oder nicht [c]). Nach den Gesetzen ist es unter den angeführten Umständen lediglich der Willkühr des Angeklagten überlassen, ob er die Klage zur Erhaltung seiner Privatgenugthuung bey dem foro domicilii des Anklägers, oder vielmehr bey dem peinlichen Gericht, woselbst die Rüge geschehen, anbringen

a) Art. 61. P. G. O.

b) Art. 12. P. G. O.

c) de BOEHMER *ad art. 12. CC. §. 4.*

wolle [d]). Der Grund, warum dem letzteren Gericht frey gelassen worden, über die Reconvention des Angeklagten zu erkennen, ergiebet sich daher von selbst, weil auch in peinlichen Fällen, nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze, nicht allein wegen der eigentlichen Hauptsache, oder der Missethat selbst, sondern auch wegen aller damit in einiger Verbindung stehenden Dinge, wohin besonders die Genugthuung des einen oder andern Theils gehöret, rechtlich erkannt werden kann [e]). Es ist auch überdieß bey dem peinlichen Gerichtszwange, vor welchem der Proceß geführet worden, viel leichter, um über die Grösse der Calumnie des Anklägers und der daher dem Angeklagten zuständigen Genugthuung urtheilen zu können, als in dem ordentlichen Gerichtsstande des

d) Art. 12. P. G. O. "Und damit derselbig gefangen Beklagt, seiner erlitten Kosten, Schmehe und "Schäden deßter austräglicher und fürderlicher Ergetzung und Abtragung erlangen möge. So soll "zu seinem Gefallen und Willen stehn, den peinlichen Ankläger vor desselben Anklägers ordentlichen "Richter, oder den peinlichen Gericht, darfür sich "die gerichtlich Uebung und Rechtfertigung erhalten "hat, umb solcher Kosten Schmehe und Schäden "rechtlich fürzunehmen, darinn auch summarie nun "ohn Zierlichkeyt des rechtlichen Proceß, procediert, "gehandelt, und die Urtheyl ohn weiter Appellation "und Suchung volzogen werden, dadurch doch denselben peinlichen Gericht ausserhalb diser Fälle, und "weiter dann es vor gehabt, keyn bürgerlicher Gerichtszwang, und Erkänntnuß zuwachsen soll.

e) MEISTER *Diss. de ord. cognitionum in caussar. ciuil. et criminal. concursu*, s. Desselben *Select. opusc. Syllog. alt.*

des Anklägers. Ob nun zwar einige Rechtslehrer f) die dem Angeklagten unter den angeführten Einschränkungen zuständige Reconvention nur lediglich auf die actionem ciuilem einschränken wollen, und den Grund davon selbst in den Gesetzen g) zu finden meynen, so zeigen gleichwohl andere mit mehreren Gründen das Gegentheil, und daß es vielmehr der eigenen Willkühr des Angeklagten zu überlassen sey, ob er nur lediglich auf die Ersetzung seiner Schäden und Kosten, oder auf die Erhaltung seiner Privatgenugthuung klagen, oder vielmehr zugleich peinlich und auf eine öffentliche Bestrafung des Anklägers antragen wolle h). Wann es gleich einem Angeklagten an seinen zuständigen Rechten nicht nachtheilig seyn kann, daß er sich nicht sofort anfangs die Wiederklage vorbehalten, vielmehr, ohne letzterer zu erwähnen, sich auf die Anklage eingelassen hat, so kann dennoch in peinlichen Fällen unter keinen Umständen die Reconvention simultaneo processu, oder zugleich mit der peinlichen Anklage erörtert werden, wie sonst in bürgerlichen Fällen unter gewissen Einschränkungen erlaubt ist i). Denn, da es nach dem Gerichtsbrauch dem Angeschuldigten nicht einmahl vergönnet ist,

f) BLVMBLACHER *ad art.* 12. *CC. n.* 8. FROELICH *P.* 1. *p.* 360.

g) Art. 12. 99. 201. P. G. O.

h) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 106. *Obs.* 3. und *in Meditatt. ad art.* 12. *CC.* §. 5.

i) *Nouell.* 96. *c.* 2. §. 1. *c.* 2. *X. de extr. cognit. c.* 3. *de rescript. in* 6*to.*

ist, seinen Ankläger, oder Denuntianten während der Untersuchung, oder während des Processes ex lege diffamari zu provociren [k]), wenn anders die Rüge auf redlichen und genugsamen Anzeigen gebauet worden, so kann er noch weniger auf die Erörterung seiner Wiederklage, ehe und bevor in der Hauptsache Urthel und Recht ergangen, und der Ankläger zugleich der Calumnie überwiesen worden, bestehen [l]). So gegründet inzwischen unter solchen Umständen die Wiederklage in dem eigentlichen Anklagsproceß ist, eben so ungezweifelt findet dieselbe wider einen Denuntianten statt, der bewiesener oder eingestandenermassen einen unschuldigen Menschen boshafter Weise in einen schweren inquisitorischen Proceß verwickelt hat [m]).

Daß auch in gemeinen Strafsachen, die nicht zu den eigentlichen peinlichen Fällen gehören, dem Angeschuldigten die Reconvention wider den Kläger, oder den Denuntianten in alle Wege frey bleibe, ist um so weniger gegründeten Zweifeln unterworfen, als eben derselbe Grund, warum dem Beklagten in bürgerlichen Sachen die Wiederklage erlaubt ist [n]), auch in Strafsachen zutrifft. So wie inzwischen eine jede Reconvention, die entweder aus der Convention allererst erwächset, oder

k) MEV. P. *9. Dec. 103.* Ludovici Einleitung zum peinl. Proceß C. 5. 6.

l) Art. 12. P. G. O.

m) MEV. *P. 1. Dec. 41.* Herr Hofrath Eisenhart in dem 7ten Theil der Rechtshändel *n. 7.*

n) *L. 14. C. de Sentent. et interloc. Nou. 96. c. 2. Auth. et consequenter C. de Sentent. et interloc.*

oder auch eine unterschiedene Verfahrungs-Art, oder einen verschiedenen Proceß zum voraus setzet, nur nach Endigung und Erörterung der letzteren in Anregung gebracht werden kann o); so gilt auch ein gleiches von derjenigen Art der Wiederklage in Strafsachen, die der Angeschuldigte wider seinen Kläger oder Denuntianten auf dem Fall, da letzterer der Calumnie überwiesen wird, anstellet. Es bleibet inzwischen, in soferne von geringen Begünstigungen die Rede ist, ebenfalls dem eigenen Gutbefinden des Angeschuldigten überlassen, ob er seine an sich gegründete Wiederklage bey dem ordentlichen Gerichtsstande des Klägers oder Denuntiantens, oder vielmehr bey demjenigen Gericht, woselbst die Untersuchung wider ihn verhänget worden, anstellen wolle. Letzteres ist besonders sodann dem Angeschuldigten anzurathen, wenn der Kläger wegen der Reconvention und Kosten einen besonderen Vorstand geleistet hat, und davon sowohl die Entschädigung des Angeschuldigten, als die Bestrafung des Klägers, bestritten werden kann. Dahingegen fällt die Erhebung der Wiederklage in foro domicilii von selbst weg, wenn dem letzteren eine solche Art der Gerichtsbarkeit, worauf es gleichwohl dermahlen ankommt, nicht zustehen sollte p).

Würde

o) *L. 10. C. de iniur.* MEV. *P. 6. Dec. 85. Select. Iurid. Rostoch. fascic. 1. Spec. 25. q. 5.* BERGER *in Oecon. Iur. p. 1032.* Ludovici Einl. zum Civil-Proceß B. 33. §. 4.

p) *L. 81. D. de Iudic.* ZANGER *de except. P. 2. c. 1. n. 378.* MEV. *P. 7. Dec. 89. n. 2.*

Würde der Kläger, oder der Denuntiant wegen Wiederklage und Kosten keinen Vorstand bestellet haben, auch vor erfolgter Endurthel seine Wiederklage nicht in Anregung gebracht haben, so ist er damit nach bereits entschiedener Hauptsache lediglich nach dem zuständigen Gerichtsstande des Klägers oder Denuntiantens zu verweisen[q]). Gegentheils hat es meinem Bedünken nach keinen Zweifel, daß auch derjenige Richter, von welchem die Untersuchung wegen des angeschuldigten Verbrechens verhänget worden, auch wegen der Reconvention des Inculpaten erkennen, und die Vollstreckung des Erkenntnisses in Ermangelung eines gehörig bestellten Vorstandes, bey der Behörde nachsuchen könne, wenn anders die Reconvention wenigstens vor der Endurthel in Anregung gebracht und gehörig gerechtfertiget worden.

So ungezweifelten Rechtens nun zwar der Satz ist, daß derjenige, der eines begangenen Verbrechens wegen angeklaget worden, oder auch der Urheber des Streits gewesen ist, zur Ablehnung der wider ihn verhängten Untersuchung sich in keine Wege der Reconvention bedienen könne, vielmehr es damit lediglich bis zur geschehenen Erörterung des in der Klage befangenen Hauptpuncts Anstand behält[r]); so ist gleichwohl die blosse

q) ZANGER *c. l. n. 383.* MEV. *P. 7. Dec. 89. n. 3.* FABER *in Cod. Lib. 3. Tit. 1. Def. 25.*

r) *L. 1. §. 11. si quadrupes pauper.* LEYSER *Spec. 122. n. 5.* Die Mecklenburgsche Hof- und Landgerichts-Ordnung im 2ten Theil Tit. 20. §. 3. stimmet mit demjenigen, was von der Vorschrift gemeiner Rechte bemerket worden, ebenfals überein.

blosse Anregung der zuständigen Reconvention, wodurch sowenig unzuläßiger Aufschub, als die Erreichung einer andern verbothenen Absicht gesuchet wird, auch während der Untersuchung wegen des gerügten Verbrechens allerdings erlaubt.

Weil auch der Richter, sowohl in eigentlichen Criminal-Fällen, als gemeinen Strafsachen, von Amts wegen auf diejenigen Umstände, die dem Angeschuldigten zur Milderung der Strafe, oder zur Vertheidigung gereichen, sehen muß [s]), so erfordert es auch die Pflicht desselben, die von dem Angeschuldigten in Anregung gebrachte Reconvention zu prüfen, und deshalb nähere Erkundigung einzuziehen, um nach dem Beweis von der Statthaftigkeit oder Unstatthaftigkeit der Reconvention den Angeschuldigten, entweder gar frey zu sprechen, oder auf eine härtere, oder gelindere Strafe zu erkennen, auch die geforderte Privatgenugthuung des Klägers entweder zu bestättigen, oder zu verwerfen. Allein, diesem allen ohngeachtet, und obgleich der Richter bey dem Erkenntniß wegen des gerügten Verbrechens auf die dem Angeschuldigten zuständige Reconvention sehen muß, so wird dennoch auf die letztere nicht leicht in eben derselben Urthel besonders erkannt, zumahl, wenn die ganze Untersuchung des Verbrechens sich lediglich in der Rüge des Klägers gründet, vielmehr pfleget in der Urthel, worin wegen des angeschuldigten Verbrechens entschieden wird,

s) Art. 47. P. G. O. BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 4. *Tit.* 6. *n.* 11. Meine Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 537. und 668.

wird, dem Angeschuldigten zugleich die Wiederklage, in soferne sie an und für sich gegründet ist, ausdrücklich vorbehalten zu werden. Auf dem Fall inzwischen, da wegen der unter mehreren Personen vorgefallenen Thätlichkeiten und andern Verunglimpfungen die Untersuchung von Amtswegen verhänget wird, und sämtliche Inculpaten eben demselben Gerichtszwange unterworfen sind, pfleget gewöhnlich eine und dieselbe Urthel sowohl die Strafe des Hauptthäters und der Mitschuldigen, als die diesem, oder jenem gebührende Genugthuung zu bestimmen, zumahl, da unter solchen Umständen kein eigentlicher Kläger und Beklagter vorhanden ist, folglich der Unterschied unter der Con- und Reconvention keine Anwendung leidet.

Ob es auch gleich in den eigentlichen Civilfällen dem Beklagten frey stehet, wenn er anders seine Wiederklage bey der Kriegsbefestigung, oder bey der Einlassung auf die Klage, in Anregung gebracht hat, vor demselben Gericht, wo die Convention erörtert worden, nach Endigung der letzteren, solche weiter auszuführen, wenn sie gleich mit dieser in keiner Verbindung stehet, noch aus derselben erwachsen, inzwischen gleichwohl prorogationem fori zuläßt [t]) und der Kläger in der Convention in seinem eigenen Namen geklaget hat [u]); so ist dennoch in Criminal- und Strafsachen schlechterdings keine andere Art der Reconvention plaz-

t) SCHORCH *Sentent.* 349.

u) CARPZOV. *P. 1. Const. 7. Def. 6.* BRUNNEMANN *in Proc. ciu. cap. 10. n. 14.*

plaßgreiflich, als die entweder aus der angestellten Rüge erwächset, oder auch sonst mit derselben in Verbindung stehet. Denn, da der Gerichtszwang in peinlichen und Strafsachen sich nur über begangene Verbrechen und die daraus entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten erstrecket, so können auch vor demselben diejenigen Ansprüche, die der Angeschuldigte gegen seinen Kläger oder Denuntianten macht, die lediglich aus einer caussa mere ciuili erwachsen, und mit dem Verbrechen nichts zu thun haben, in keine Wege gezogen werden, sondern sie sind vielmehr ohne Unterschied, ob der Angeschuldigte vor ergangener Endurthel seine zuständige Reconvention in Aregung gebracht, und deshalb wohl gar einen Vorstand erhalten habe, oder nicht, schlechterdings an das zuständige Gericht, worunter sie ihrer Natur nach gehören, zu verweisen.

XVI.

Ob das nach dem Tode des Erblassers nicht mehr vorhandene Testament, in soferne anders desselben wesentlicher Inhalt zubeweisen stehet, eine verbindliche Kraft habe?

Es gehöret wohl der Satz, daß, solange nicht offenbar das Gegentheil zu beweisen stehet, im Zweifelsfall für die Gültigkeit und den Bestand eines letzten Willens allezeit die Vermuthung obwalte, zu den unbestrittenen Rechtswahrheiten [a]). Vermöge dieses allgemeinen Grundsatzes ist nicht einmahl aus den im Testament sich findenden Rissen, Austilgungen und Veränderungen einiger Stellen die Aufhebung, oder der Wiederruf des ganzen Testaments, oder auch nur dieser und jener Verfügungen, zu folgern, solange es noch an einem vollständigen Beweise mangelt, daß jene Risse, Austilgungen, oder Veränderungen von dem Erblasser, entweder unmittelbar, oder doch wenigstens auf dessen Verlangen und mit seinem Vorwissen, erfolget sind [b]). Es scheinet indessen, die Anwendung dieser Rechtslehren zum voraus zu setzen, daß das Testament, oder der letzte

a) *L. 85. de Reg. Iur.* de CRAMER *Tom. 4. Obs. 1219.*

b) *L. 1.* und *2. de his quae in testament. delent. L. 12. D. de reb. dub.*

letzte Wille, wovon die Rede ist, annoch würklich vorhanden sey, weil nicht ohne scheinbare Beystimmung der Gesetze die auf einem Testament gegründete Erbfolge das würkliche Daseyn desselben zum voraussetzet und ohne solches nicht statt finden kann [c]). Solchergestalt kann es dem Ansehen nach nicht genügen, wenn etwa zu beweisen stünde, daß dieses, oder jenes Testament, das sich aber nach dem Tode des Erblassers unter seinem Nachlaß nicht befindet, gleichwohl würklich vorhanden gewesen sey, und daß es diese, oder jene Verfügungen enthalten habe, indem der Regel nach ein jedes Testament, das eine verbindliche Kraft haben soll, nach dem Tode des Erblassers, in Gegenwart derjenigen, die daran Antheil haben, im Original eröfnet werden muß [d]), damit sowohl über die innerliche, als äusserliche Beschaffenheit desselben geurtheilet, die darunter befindlichen Hände und Siegel des Erblassers und der Zeugen geprüfet, und demnächst mit genugsamer Zuverläßigkeit bestimmet werden könne, ob alles bona fide und auf gesetzmäßige Art und Weise geschehen sey [e]). Denn, wenn gleich nach dem Praetorischen Recht dem in einem Testament ein-

c) *L. 1. §. 3. 7. D. de honor. poss. secund. tab. L. un. D. si tab. testam. extab. L. 1. §. 1. testament. quemadm. aper.*

d) *L. 12. D.* und *L. 1. C. testament. quemadm. aper. L. 6. D. de transact.*

e) LEYSER *Spec. 373. n. 2.*

eingesetzten Erben die bonorum possessio zugestanden zu werden pfleget, wenn gleich zu der Zeit, da darum angesuchet wird, das Testament selbst nicht mehr vorhanden seyn sollte, so setzet jene gleichwohl immer wenigstens dieses zum voraus, daß bey dem erfolgten Ableben des Erblassers dessen Testament, worin jene bonorum possessio gegründet wird, würklich vorhanden gewesen und nur nach dessen Tode zufällig verlohren gegangen sey. Gegentheils findet keine bonorum possessio statt, wenn bey dem erfolgten Absterben des Erblassers das angeblich von ihm errichtete Testament unter seinen Sachen nicht befindlich ist, folglich auf gesetzmäßige Art und Weise nicht eröfnet werden kann [f]). Sowenig nun nach dem Römischen Recht von dem angeblich in einem Testament eingesetzten Erben eine bonorum possessio erhalten werden kann, wenn jenes bey Lebzeiten des Testirers bereits verlohren gegangen seyn, folglich nach seinem Tode unter seinem Nachlaß sich nicht befinden sollte, sowenig scheinet es auch, daß ein solches nicht vorhandenes Testament überhaupt eine verbindliche Kraft haben könne, indem es sodann allem Ansehen nach an der Gewißheit des letzten Willens, als einer gleichwohl vornehmsten Eigenschaft des Bestandes desselben [g]), fehlet. Denn, in Ermangelung des Testaments, läßt sich nicht mit völliger und genugsamer Zuverläßigkeit bestimmen,

f) *L. 1. §. 3. de bonor. poss. secund. tab. L. un. D. si tab. testament. extab.*

g) *L. 76. de reg. Iur. L. un. D. si tab. testament. extab.*

stimmen, in welchem Zusammenhange, und unter was für Umständen und Einschränkungen diese, oder jene Verfügung von dem Erblasser gemacht worden sey.

Ob es nun gleich seine ungezweifelte Richtigkeit hat, daß ein bey Lebzeiten des Testirers verlohren gegangenes Testament sodann nicht die mindeste Verbindlichkeit haben könne, wann entweder wegen des Inhalts der in dem Testament gemachten Verfügungen, oder auch wegen der Umstände, unter welchen es errichtet worden, noch einige Dunkelheit und Ungewißheit vorhanden seyn mögte [h]), so eine ausgemachte Rechtswahrheit ist es gegentheils, daß, in soferne die in dem bey Lebzeiten des Erblassers verlohren gegangenen Testament enthalten gewesenen Verfügungen und die Umstände, unter welchen jene gemacht worden, zu beweisen stehen, die in jenem Testament enthalten gewesene Vorschriften dennoch eine verbindliche Kraft behalten müssen. Es verstehet sich inzwischen hiebey die Einschränkung von selbst, daß nämlich der Mangel des Testaments zur Zeit des erfolgten Ablebens des Testirers nicht in desselben eigenen facto gegründet, und der letzte Wille nicht, entweder unmittelbar von ihm selber, oder doch mit seinem Vorwissen und Genehmigung, vernichtet seyn müsse [i]). Denn

 unter

h) MEV. *P. 8. Dec. 7.*

i) L. 1. §. 3. D. de his quae in testament. delentur. v. Sed consulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur: inconsulto vero, non repelluntur, siue

unter solchen Umständen fällt alle Anwendung eines solchergestalt wiederrufenen letzten Willens von selbst weg.

Ausser dieser Einschränkung aber behält der letzte Wille eines Erblassers der Regel nach alle Gültigkeit, wenn gleich das Instrument, oder diejenige Schrift, worin solcher aufgezeichnet gewesen ist, bereits bey Lebzeiten des Testirers verlohren gegangen seyn sollte, sintemahl nach ungezweifelten Grundsätzen des Rechts, der blosse Verlust eines Instruments der Wahrheit an und für sich nicht nachtheilig seyn kann, folglich bey vorhandenen genugsamen Beweise des wesentlichen Inhalts eines Instruments der Umstand, daß es nachhin zufällig, wenigstens ohne Vorwissen des Erblassers, verlohren gegangen sey, der Verbindlichkeit des letzten Willens selbst nicht das mindeste entziehet [k]). Ueberdieß gehöret eine angeblich geschehen seyn sollende Aufhebung, oder Veränderung eines einmahl wohlbedächtlich abgefaßten letzten Willens zu solchen Dingen, die der Regel nach nicht zu vermuthen stehen, vielmehr von demjenigen, der sich darauf berufet, gehörig bewiesen werden müssen [l]). Denn das einmahl wohl-

siue lege possunt, siue non possunt, *quoniam si totum testamentum non exstet, constat valere omnia, quae in eo scripta sunt. Et si quidem illud concidit testator, denegabuntur actiones, si vero alius inuito testatore, non denegabuntur.*

k) *L. 20.* und *21. C. de probat. L. 5. 6. 7. 8. 10. 11. C. de fide instrument.*

l) *L. 22. D. de probat.* v. eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc oportet.

wohlbedächtlich und auf gesetzmäßige Art und Weise abgefaßte Testament bleibet stets bey seiner völligen Kraft und Wirkung, und kann aus dem alleinigen Grunde, daß das Instrument, oder die Urkunde, die jenes enthalten hat, ermangelt, nicht angefochten werden, solange anders der von dem Testirer unmittelbar geschehene Wiederruf, oder die von ihm geschehene Abänderung oder Vernichtigung, nicht zu beweisen stehet [m]). Es mögen auch zur Widerlegung des Satzes, daß bey dem Mangel eines Testaments, dennoch die darin enthalten gewesenen Verfügungen bey Kräften bleiben müssen, in soferne anders der von dem Erblasser selbst geschehene Wiederuf nicht zu beweisen stehet, die oben zum Beweis des Gegentheils angeführte Gesetze um soweniger in einigen Betracht kommen, als der Augenschein ergiebet, daß sie lediglich von der nachgesuchten bonorum possessione secundum tabulas, die nämlich nach Praetorischem Recht das nach dem Tode des Erblassers würklich vorhanden gewesene Testament zum voraus setzte, zu verstehen sind. Denn ausser diesem Fall und wann von der Erbfolge nach dem iure ciuili, oder dem eigentlichen iure hereditario, die Rede ist, kann die Gültigkeit eines Testaments, das zwar bey Lebzeiten des Testirers, wiewohl wider seinen Willen, verlohren gegangen ist, das aber gleichwohl seinem wesentlichen Inhalte nach gehörig zu beweisen stehet, selbst nach dem Römischen Recht nicht in Zweifel gezogen werden, und ist demnach der Mangel eines solchen Testaments

m) *L. 27. C. de testament.*

ments den darin eingesetzten Erben und Legatarien in Absicht der ihnen daraus zuständigen Rechte und Befugnisse unnachtheilig zu erklären [n]). Es kann hingegen auch nicht in einem besonderen Betracht kommen, daß bey einem bey Lebzeiten des Testirers verlohren gegangenen Testament die Beaugenscheinigung der darunter befindlich gewesenen Hände und Siegel des Testirers und der Zeugen, wie es eigentlich seyn müßte [o]), nicht geschehen könne, indem der Mangel einer solchen Beaugenscheinigung ein an und für sich gültiglich gemachtes Testament nicht unkräftig machen kann, wenn anders das würkliche Daseyn desselben und die besonderen Verfügungen, die es enthalten, ausser Streit gesetzet worden [p]) und keine hinreichende Beweise vorhanden sind, daß der Testirer annoch bey seinem Leben sein Testament geändert, oder wiederufen habe, folglich die nicht geschehene Eröfnung des Testaments keines Weges in den sträflichen Absichten derjenigen, die dadurch Vortheile zu erlangen gesuchet haben, ihren Grund hat [q]).

Es ist nun noch die Frage zu beantworten übrig: Auf welche Art und Weise in dem Fall, da das angebliche Testament bey dem erfolgten Tode des Erblassers nicht mehr vorhanden ist, der

n) PUFENDORF *Tom. 1. Obs. 137. 138.*

o) *L. 5.* und *6. D. testament. quemadm. aper.*

p) *L. 10. §. 1. D. testament. quemadm. aper.* SCHILTER *Ex. 38. §. 170.*

q) LEYSER *Spec. 373.*

der Beweis, sowohl wegen desselben Daseyns, als wegen dessen wesentlichen Inhalts, geführet werden müsse? Ob nun zwar nach einem ungezweifelten und der Aehnlichkeit des Rechts gemässen Gerichtsgebrauch in einem solchen Fall nicht eben das übereinstimmende Zeugniß aller bey der Errichtung des Testaments zugegen gewesenen sieben Zeugen erfordert wird [r]), gegentheils aber auch das blosse Zeugniß des zugezogen gewesenen Notarii nicht genüget, vielmehr ein sonst in andern Fällen erforderlicher vollständiger Beweis, der durch zween unbescholtene Zeugen geführet wird, vorhanden seyn muß [s]); so hat es dennoch nach den Meynungen anderer gleichfalls berühmten Rechtslehrer keinen Zweifel, daß das von dem bey der Testaments-Handlung zugezogen gewesenen Notario darüber gefertigte Protocoll eine völlige Beweiskraft habe [t]) und daß auch derjenige, der sich auf ein würklich vorhanden gewesenes, nachhin aber vermuthlich wider Willen des Erblassers verlohren gegangenes, Testament berufet, bey vorhandenen starken Vermuthungen, welche

r) Das Gegentheil hat besonders aus dem Grunde, weil bey den Römern die sieben Zeugen bey einem testamento solemni nicht bloß der Feyerlichkeit, sondern des Beweises wegen, erfordert worden, vor kurzem zu zeigen gesuchet GLÜCK *Diss. de testamenti priuati solemnis a testatore conditi, probatione per septem testes in eo adornando adhibitos, instituenda, Hal.* 1777.

s) MEV. *P.* 4. *Dec.* 13.

t) CARPZOV. *P.* 1. *Const.* 17. *Def.* 44. STRYCK *de Iur. Protocoll. c.* 4. BROCKES *Obs.* 522.

nach richterlichem Ermessen die Kraft eines halben Beweises haben, zum Erfüllungs-Eyde zugelassen werden müsse[u]).

So wie inzwischen die Führung des Beweises unnöthig ist, wenn der Erbe, oder der Besitzer der Erbschaft das würkliche Daseyn eines letzten Willens und die darin sich gründenden Verfügungen des Erblassers eingestehet[x]), so hat es auch meinem Bedünken nach nicht den mindesten Zweifel, daß in Ermangelung eines vollständigen Beweises, derjenige, der sich auf ein vorhanden gewesenes und angeblich wider Willen des Erblassers verlohren gegangenes Testament berufet, wider den Intestat-Erben, oder den Besitzer der Erbschaft, sich der Eydesdelation bedienen könne[y]).

Wann es nun angeführtermassen keinem Zweifel unterworfen, vielmehr allenthalben den Gesetzen und dem sich auf letzteren gründenden Gerichtsgebrauch völlig angemessen ist, daß ein wider Willen des Erblassers verlohren gegangenes Testament, wann anders dessen Inhalt gehörig zu beweisen stehet, zu Recht beständig sey und eine verbindliche Kraft habe; so hat es auch ebenfalls nicht das mindeste Bedenken, daß die entweder von den Intestat-Erben, oder von andern Personen aus böslichen Absichten zum Schaden und

u) PUFENDORF *Tom. 1. Obs. 138. §. 6.*

x) *L. 2.* und *3. C. de fideicommiss.* MEV. *P. 8. Dec. 7. n. 4.*

y) DEINLIN *Diss. de licita iurisiurandi iudicial. delat. super fact. illicit. et special. libertatem testandi restringente, Alt. 1739.*

und Nachtheil der im Testament eingesetzten Erben, oder Legatarien, geschehene Entwendung, Vernichtigung, oder Veränderung des letzten Willens jenen an ihren zuständigen Rechten völlig unnachtheilig seyn müsse [z]). Es wollen sogar verschiedene angesehene Rechtslehrer, daß demjenigen, der aus der Vernichtigung eines Testaments Vortheile schöpfet, in der Angabe, daß er dasselbe auf ausdrückliches Verlangen des Testirers vernichtet habe, in Ermangelung rechtlicher Beweise, oder erheblicher Gründe vom Gegentheil, kein Glaube beyzumessen sey, zumahl, wenn der Intestat-Erbe allererst zu der Zeit, da er bereits wegen des zernichteten Testaments in Ansprache genommen wird, mit einer solchen Entschuldigung hervorrücken sollte [aa]). Ob nun zwar sonst demjenigen, der sich auf ein angeblich wider Willen des Erblassers verlohren gegangenes Testament berufet, angeführtermassen der Beweis, sowohl wegen des Daseyns, als wegen des eigentlichen Inhalts des Testaments oblieget, so ist dennoch meinem wenigen Ermessen nach ein Legatarius mit der Führung des Beweises zu verschonen, wenn der Erbe entweder das Daseyn des Testaments und das darin gegründete Vermächtniß eingestehet [bb]), oder auch jener sonst rechtlich zu beweisen vermag, daß ein solches Testament, in welchem ihm ein Vermächtniß verschrieben worden,

z) *L. 11. C. de testament.* PUFENDORF *c. l. §. 3.*

aa) *Arg. L. 10. de test.* BROCKES *c. l.*

bb) *Arg. L. 25. §. 2. ad L. Aquil.* MEV. *P. 8. Dec. 6.*

worden, würklich vorhanden gewesen, von dem Erben aber wider Willen des Erblassers aus bösslichen Absichten vernichtet worden sey. In einem solchen Fall würde der Legatarius, in Ermangelung näherer Beweise, welche die eigentliche Grösse des Vermächtnisses ausser Streit setzen, nach richterlichem Ermessen zum iuramento in litem zuzulassen seyn [cc]), so wie gegentheils der Erbe, oder Besitzer der Erbschaft, in soferne ihm aus dem Testament erweislich ein Erbrecht zugestanden, desselben verlustig zu erklären [dd]), bey dem gänzlichen Mangel eines in dem letzten Willen des Erblassers gegründeten Erbrechts aber als ein Betrüger auf das nachdrücklichste zu bestrafen [ee]), und überdieß zur Auslieferung der Erbschaft mit allen Nutzungen, die er beweislich erhoben hat und hätte erheben können, anzuhalten ist [ff]).

cc) *L. 2. 4. 5. D. de in litem iurand.*

dd) LEYSER *Spec. 398. n. 7.* HELLFELD *in Iurisprudent. forens. §. 1567.*

ee) *Arg.* Art. 112. P. G. O.

ff) *Arg. L. 22. 62. de rei vindicatione.* STRECKER *Diss. de eo quod iustum est circa restitutionem fructuum, Erford. 1723.*

Einige Verbesserungen.

S. 34. Z. 12. ist zu lesen: warum die von einer Mannsperson verübte Nothzucht an sich nicht in Zweifel zu ziehen, diejenige aber, die angeblich von einer Frauensperson begangen seyn soll, der Regel nach für eine blosse Chimäre zu halten, von selbst einleuchtend.

S. 45. Z. 14. an statt einem l. seinem.

S. 106. Z. 15. an statt verlaß l. eerloß.

— — Z. 19. an statt Mundtart l. Mundtat.

S. 146. Z. 6. muß gelesen werden: an den.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Quistorp, Johann Christian von, 1737-1795

Johann Christian Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener, mehrentheils unentschiedener Rechts-Materien aus der bürgerlichen und peinlichen Rechtsgelahrtheit
Bd.: 1. Bd. (1780), 1. Stück.

Rostock u.a. 1778

Bamberg, Staatsbibliothek -- .16 B 1#1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11402452-0
VD18 15448460-001